

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**O CONTROLE JUDICIAL DOS DEVERES PRESTACIONAIS DO ESTADO E O
ORÇAMENTO PÚBLICO: LIMITES E DESAFIOS**

MONIA LOPES DE SOUZA GHIGNONE

Orientador: Prof. Doutor António Jorge Pina dos Reis Novais

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**O CONTROLE JUDICIAL DOS DEVERES PRESTACIONAIS DO ESTADO E O
ORÇAMENTO PÚBLICO: LIMITES E DESAFIOS**

MONIA LOPES DE SOUZA GHIGNONE

Orientador: Prof. Doutor António Jorge Pina dos Reis Novais

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

Júri:

Presidente: Doutor Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Vogais:

Doutora Dulce Margarida de Jesus Lopes, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Doutor Bernardo Mascarenhas Almeida Azevedo, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Doutora Ana Paula do Valle-Frias de Madureira e Piedade Dourado, Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor António Jorge Pina dos Reis Novais, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor David José Peixoto Duarte, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor João Pedro Oliveira Miranda, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da universidade de Lisboa.

AGRADECIMENTOS

O trabalho que agora se apresenta corresponde à tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Para a sua elaboração foram dedicados muitos anos de intensa atividade de pesquisa, cujo desenvolvimento revelou-se bastante solitário e exigiu afínco e comprometimento intensos, com sacrifícios pessoais e profissionais inevitáveis. Contudo, ao final, a jornada revelou-se extremamente engrandecedora à minha formação acadêmica e pessoal.

Não posso e nem quero deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer a todos que comigo estiveram durante esse período e que compreenderam a real importância deste trabalho na minha vida, apoiando-me incondicionalmente.

Essa obra é dedicada a Luciano, meu companheiro de sonhos, de desafios e de descobertas. Agradeço por aceitar residir e estudar comigo em Portugal, experiência única, que nos apresentou novos horizontes e mudou nossas vidas; por partilhar ao meu lado minhas angústias, sempre de forma paciente, com palavras de conforto e de estímulo e, principalmente, por acreditar em mim e me incentivar a ir além.

Também agradeço aos meus pais que me ensinaram a ter perseverança e disciplina em todo e qualquer objetivo almejado. Agradeço à minha irmã Daphne que compreendeu as minhas constantes ausências no decorrer dos trabalhos. À querida Sofia que, por várias vezes, se dispôs a fazer alguns desenhos para serem incluídos na investigação e, assim, ajudar-me a terminar algo que para ela, uma menininha de apenas oito anos, parecia ser eterno.

Gostaria ainda de manifestar meu agradecimento ao Professor Doutor Jorge Reis Novais, por quem nutro a mais profunda admiração e respeito. Obrigada pela gentil e atenciosa orientação, pela disponibilidade e cuidado com que foram sanadas as minhas dúvidas e apresentadas sugestões que deram origem a modificações no texto do trabalho.

Agradeço aos colegas de mestrado que compartilharam comigo discussões sobre temas que contribuíram para a minha formação. Em especial, agradeço ao meu amigo Edvaldo Gomes Filho, parceiro de mestrado em terras lusitanas, pelas intensas conversas e pela presença em momentos aflitivos, mas também de imensas alegrias. À Monica Barroso, amiga que se mostrou sempre disposta a me ouvir e a me encorajar a seguir adiante.

Por fim, agradeço às instituições que abriram as portas das suas bibliotecas, em um percurso extenso de verdadeira peregrinação em busca de conhecimento e de respostas. Neste

contexto, não posso deixar de registrar o acolhimento especial que recebi, juntamente com meu esposo, na Faculdade de Direito de Lisboa, por meio dos seus professores, demais servidores e alunos que nos recepcionaram com muito carinho, marcando, em definitivo, nossos corações e mentes.

“(…) A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja o nosso grito – Mudar para vencer!” (Discurso proferido na sessão do dia 05 de outubro de 1988, na Câmara dos Deputados, pelo Presidente da Assembleia Constituinte, o Deputado Ulysses Guimarães).

RESUMO

No Brasil, tem-se verificado um aumento significativo de demandas judiciais que pleiteiam a concretização de serviços públicos, transferindo para o Judiciário o debate de temas antes voltados exclusivamente à arena política. Prova de que os brasileiros encontram-se insatisfeitos com a qualidade das prestações estatais disponibilizadas.

O presente trabalho procura investigar justamente quando e como o Poder Judiciário brasileiro deve agir na solução de desacordos constitucionais que tratam das omissões do Poder Público, no campo dos deveres prestacionais. Por sua vez, ao fazê-lo, pretende-se analisar o problema sob um olhar mais atento à temática orçamental.

Com efeito, a qualidade de vida dos cidadãos relaciona-se, em grande medida, às intervenções estatais e, em última *ratio*, ao orçamento público, ferramenta a serviço do planejamento financeiro do Estado. Se por um lado a boa governança não depende apenas de dinheiro, de outro, toda e qualquer atividade governamental possui custos, sendo os recursos públicos limitados para o atendimento das múltiplas necessidades sociais. Assim, não há dúvida de que o manuseio do orçamento público corresponde a uma atividade de fundamental relevância, não somente pelo volume de recursos que aloca, como também e principalmente pela imprescindibilidade dos objetivos que, por seu intermédio, almeja-se realizar.

A efetividade dos direitos fundamentais, essencialmente os prestacionais, depende de finanças públicas sólidas e voltadas aos fins constitucionais, os quais não são alcançados pela mera proclamação formal de direitos fundamentais na Constituição. Sem dúvida, trata-se de uma construção que exige o engajamento real e contínuo de todos os poderes constituídos, inclusive da Justiça Constitucional. O desafio é justamente delinear os limites de tal intervenção, a fim de que sejam respeitadas as competências orçamentais dos demais poderes e, concomitantemente, haja a preservação da força normativa da Constituição.

Nesse contexto, o enfrentamento do tema orçamental é essencial, pois permite avaliar, com maior precisão, as justificativas estatais em casos de descumprimento dos deveres prestacionais, bem como identificar e coibir os eventuais abusos de poder. Pode-se afirmar, inclusive, que sem investigar o orçamento, dificilmente se adentrará no âmago dos desacordos constitucionais travados nesses domínios. Isto porque não se pode admitir o cometimento de arbitrariedades na condução dos recursos públicos, mesmo quando praticadas sob o crivo da Justiça Constitucional. O Brasil precisa avançar no campo da concretização dos direitos

fundamentais, mas deve fazê-lo com sustentabilidade, coerência e, acima de tudo, em deferência à Constituição Federal.

Palavras chave: Justiça Constitucional; controle judicial; deveres prestacionais; omissões estatais; orçamento público; limites; legitimidade; separação dos poderes; reserva do financeiramente possível.

ABSTRACT

In Brazil, there has been a significant increase in the number of lawsuits demanding the implementation of public services, transferring to the Judiciary the debate on issues previously focused exclusively on the political arena. Proof that the Brazilians are dissatisfied with the quality of the state services provided.

The present work seeks to investigate precisely when and how the Brazilian Judiciary should act in the solution of constitutional disagreements that deal with the omissions of the Administration, in the field of the duties involving public services. In turn, in doing so, it was intended to analyze the problem with a closer look at the budget theme.

In fact, citizens' quality of life is largely related to state interventions and, ultimately, to the public budget, a tool in the service of State financial planning. If on the one hand good governance does not depend only on money, on the other, every government activity has costs, and public resources are limited to meet the multiple social needs. Thus, there is no doubt that the handling of the public budget corresponds to an activity of fundamental importance, not only for the volume of resources it allocates, but also and especially for the indispensability of the objectives that, through it, it is desired to achieve.

The effectiveness of fundamental rights, essentially those involving the provision of public services, depends on sound public finance coherent with constitutional purposes, which is not achieved by the mere formal proclamation of fundamental rights in the Constitution. Undoubtedly, it is a construction that requires the real and continuous engagement of all constituted powers, including Constitutional Justice. The challenge is precisely to delineate the limits of such intervention, so that the budgetary competences of the other powers are respected and, at the same time, the normative force of the Constitution is preserved.

In this context, tackling the budget issue is essential, since it allows for a more precise assessment of state justifications in cases of noncompliance with the provision of public services, as well as identifying and restraining any abuse of power. It can even be said that without investigating the budget, it will hardly enter into the heart of the constitutional disagreements in these areas. This is because one cannot admit the committing of arbitrariness in the conduct of public resources, even when practiced under the scrutiny of Constitutional Justice. Brazil needs to advance in the field of the realization of fundamental rights, but must do so with sustainability, consistency and, above all, in deference to the Federal Constitution.

Keywords: Constitutional Justice; judicial control; duties involving public services; state omissions; public budget; limits; legitimacy; separation of powers; reservation of the financially possible.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

ADAMA – Associação dos Deficientes Auditivos do Maranhão

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADTE – Associação Brasileira de Tecnologia Educacional

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ART - Artigo

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CADH – Convenção Americana dos Direitos Humanos

CEF – Caixa Econômica Federal

CEPAL – Comissão Econômica para América Latina e Caribe

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

CGU – Controladoria Geral da União

CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CMPOP – Comissão Mista de Planos e Orçamentos Públicos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP– Conselho Nacional do Ministério Público

CNT – Confederação Nacional de Transporte

CONDER – Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia

CONTAG – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura

COORDS - Coordenadores

CPMF – Contribuição Previdenciária sobre Movimentação Financeira

CRA – Centro de Recursos Ambientais

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

DAPP – Diretoria de Análises de Políticas Públicas

DOU – Departamento de Orçamento da União

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem
EC – Emenda Constitucional
ENEM - Exame Nacional do Ensino Médio
FAR – Fundo de Arrendamento Residencial
FAT – Fundo de Amparo do Trabalhador
FCEP – Fundo de Combate de Erradicação à Pobreza
FGE – Fundo de Garantia de Exportação
FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FMI – Fundo Monetário Internacional
FPE – Fundo de Participação dos Estados
FPM – Fundo de Participação dos Municípios
FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário
ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IDEB – Índice de Desempenho de Educação Básica
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
INAF – Indicador de Analfabetismo Funcional
INESC - Instituto Nacional de Estudos Sócio Econômicos
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
IPC – Índice de Percepção da Corrupção
IPCA – Índice de Preços do Consumidor Amplo
IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados
IR – Imposto de Renda
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
LONMP – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
LOA – Lei Orçamentária Anual
MP – Medida Provisória
MP – Ministério Público
MTO – Manual Técnico do Orçamento
NOAS – Norma Operacional de Assistência à Saúde
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA – Organização dos Estados Americanos
OMB – Office of Management and Budget
ONU – Organização das Nações Unidas
PACP – Países da África, Caraíbas e Pacífico.
PART – Program Assessment Rating Tool
PEC – Pacto de Estabilidade e Crescimento
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
PEF – Programa de Estabilidade Fiscal
PIB – Produto Interno Bruto
PIRSF – Projeto de Integração do Rio São Francisco
PNAD – Pesquisa Nacional para Amostra de Domicílios
PNDES – Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
PNUD – Pesquisa das Nações Unidas para Desenvolvimento
PPA – Plano Plurianual
PPBS – Planning Programming Budgeting System
RE – Recurso Extraordinário
RGPS – Regime Geral da Previdência Social
RMPTO – Relatório de Melhores Práticas de Transparência Orçamentária
SIAL – Sistema de Acompanhamento Legislativo
SOF – Secretaria do Orçamento Federal
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TC – Tribunal Constitucional
TCU – Tribunal de Contas da União
TJ – Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
UE – União Europeia
UEM – União Europeia e Monetária
UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
PARTE I – COMPREENDENDO O INSTITUTO ORÇAMENTÁRIO	26
1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO ORÇAMENTO PÚBLICO	27
1.1 O CONSTITUCIONALISMO E O ORÇAMENTO PÚBLICO	27
1.1.1 <i>Origem</i>	27
1.1.2 <i>O Estado Liberal e o orçamento</i>	32
1.1.3 <i>O Estado Social e o orçamento</i>	36
1.1.4 <i>A crise do Estado Social e os desafios orçamentários</i>	42
1.2 O ORÇAMENTO PÚBLICO E AS SUAS NOVAS FUNCIONALIDADES	48
1.3 O ORÇAMENTO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL	52
2. O ORÇAMENTO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	68
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	68
2.2 A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO	70
2.3 O TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AO ORÇAMENTO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	73
2.4 LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE	80
2.4.1 <i>Princípio da Legalidade</i>	82
2.4.2 <i>Princípio da Legitimidade</i>	86
2.4.3 <i>Princípio da Economicidade</i>	91
2.5 A TRÍADE ORÇAMENTÁRIA	96
2.5.1 <i>O Plano Plurianual</i>	100
2.5.2 <i>A Lei de Diretrizes Orçamentárias</i>	104
2.5.3 <i>A Lei Orçamentária Anual</i>	109
2.6 OS CRÉDITOS ADICIONAIS	113
3. O CICLO ORÇAMENTÁRIO	122
3.1 O PLANEJAMENTO FINANCEIRO	122
3.2 O ORÇAMENTO-PROGRAMA	123
3.3 PLANEJAMENTO, EXECUÇÃO E AVALIAÇÃO	131
3.3.1 <i>Do planejamento</i>	133
3.3.2 <i>Da execução</i>	143

3.3.3 <i>Da avaliação</i>	151
3.4 DA TRANSPARÊNCIA E DO CONTROLE	159
3.5 DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO	173
3.6 UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O CICLO ORÇAMENTÁRIO NO BRASIL	189
PARTE II – ORÇAMENTO PÚBLICO: NOS MEANDROS DA POLÍTICA E DO DIREITO	204
4. AS INTERFERÊNCIAS POLÍTICAS NO PROCESSO ORÇAMENTÁRIO: AS RELAÇÕES ENTRE O EXECUTIVO E O LEGISLATIVO	205
4.1 A IMPORTÂNCIA DA GOVERNABILIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES ESTATAIS	205
4.2 A CRISE PRUSSIANA	207
4.3 O CUSTO DA GOVERNABILIDADE	211
4.4 A BUSCA PELA GOVERNABILIDADE E OS SEUS IMPACTOS NO CICLO ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO	224
4.5 AS TENTATIVAS DE GUINADA PARLAMENTAR ATÉ O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 86/2015	239
4.6 O MANUSEIO DO ORÇAMENTO NA PERSPECTIVA POLÍTICA: O QUE RESGATAR DO INSTRUMENTO APÓS A EMARANHADA RELAÇÃO ENTRE O EXECUTIVO E O LEGISLATIVO	249
5. O CONTEÚDO NORMATIVO DO ORÇAMENTO PÚBLICO: UM PROBLEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL	257
5.1 O ORÇAMENTO SOB UM ENFOQUE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL	257
5.2 A TEORIA CLÁSSICA DO ORÇAMENTO	259
5.3 O ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS NO BRASIL	268
5.3.1 <i>O dualismo legislativo orçamentário encontra amparo no país?</i>	269
5.3.2 <i>Da flexibilidade orçamentária</i>	289
5.3.3 <i>A flexibilidade orçamentária em tempos de crise</i>	295
5.3.4 <i>Despesas obrigatórias X despesas discricionárias</i>	315
5.3.5 <i>A força vinculante das normas orçamentárias</i>	329
5.4 O EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DA DISCRICIONARIEDADE ORÇAMENTAL	337
PARTE III – O CONTROLE JUDICIAL DOS DEVERES PRESTACIONAIS: UM PERCURSO OBRIGATÓRIO PELOS DOMÍNIOS ORÇAMENTAIS	346

6. LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL X PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	347
6.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL:	347
6.2 TENSÕES ENTRE DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	359
6.2.1 <i>Premissas iniciais</i>	360
6.2.2 <i>Legitimidade da Jurisdição Constitucional: posições contrárias</i>	361
6.2.3 <i>Legitimidade da Jurisdição Constitucional: posições favoráveis</i>	374
6.3 EM TORNO DOS LIMITES À INTERVENÇÃO JURISDICIONAL E ALGUNS DOS SEUS PRINCIPAIS TEÓRICOS	393
6.4 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OS ATOS POLÍTICOS	413
6.5 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O PODER EXECUTIVO	422
7. A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL, O ORÇAMENTO PÚBLICO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL	433
7.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	433
7.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUAS MÚLTIPLAS PRETENSÕES E CUSTOS	435
7.3 RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM DO TERMO	438
7.4 RESERVA DO POSSÍVEL: CONCEITO E DERIVAÇÕES	441
7.5 ATIVISMO JUDICIAL X RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL: IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS	446
7.5.1 <i>O ativismo judicial e as suas decisões manipulativas com efeitos aditivos</i>	448
7.5.2 <i>A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais: o art. 5º, §1º, da CF/88 e as omissões estatais no campo dos deveres prestacionais</i>	461
7.6 OS DESAFIOS EM TORNO DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL: DEVERES PRESTACIONAIS, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL E ORÇAMENTO PÚBLICO	466
8. A INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NO CAMPO DOS DEVERES PRESTACIONAIS E SEUS IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS: QUANDO E COMO DEVE A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL AGIR?	486
8.1 APONTAMENTOS GERAIS	486
8.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO	491
8.2.1 <i>O controle de constitucionalidade na história do Brasil</i>	492

8.2.2 <i>O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988</i>	498
8.3 O ORÇAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	516
8.3.1 <i>O controle abstrato de constitucionalidade e o orçamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	517
8.3.2 <i>O controle difuso de constitucionalidade e o orçamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	541
8.3.2.1 Dos casos relativos ao direito à educação	542
8.3.2.2 Dos casos relativos ao direito à saúde	551
8.3.2.3 Dos casos relativos ao direito à moradia	560
8.3.3 <i>Análise das decisões. Apreciação Crítica</i>	565
8.4 DE FRENTE PARA O PROBLEMA: DEVERES PRESTACIONAIS, OMISSÕES ESTATAIS E ORÇAMENTO PÚBLICO. DELIMITAÇÃO DO GRAU DE INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL.	571
8.5 ALGUNS PARÂMETROS PARA O CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES ESTATAIS NO ÂMBITO DOS DEVERES PRESTACIONAIS	579
8.5.1 <i>Da ausência de previsão orçamentária</i>	586
8.5.2 <i>Da insuficiência da previsão orçamentária</i>	591
8.5.3 <i>O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo</i>	602
8.6 OBSERVAÇÕES FINAIS	615
CONCLUSÕES	621
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	633

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e institui dentre os seus objetivos a erradicação da pobreza e da marginalização, através da redução das desigualdades sociais e regionais. Para assegurar o cumprimento das suas metas, o Legislador Constituinte optou por incorporar expressamente ao texto constitucional um vasto rol de direitos fundamentais, inclusive de cunho social.

É notório que o objetivo máximo pretendido, qual seja proporcionar uma vida digna a cada cidadão, não constitui uma tarefa fácil. Não é possível falar em dignidade sem que se tenha em mente o respeito às liberdades e às diferenças dos indivíduos, bem como à efetiva igualdade de oportunidades. E para isso, o Estado precisa, ao mesmo tempo, abster-se, deixar o indivíduo livre para efetuar suas próprias escolhas e para desenvolver sua personalidade, mas também protegê-lo e promover, em seu favor, inúmeras prestações que lhe permitam efetuar tais escolhas de maneira autônoma e consciente.

Infelizmente, após três décadas de vigência da Constituição, o país convive com uma realidade perturbadora. Gerações de brasileiros jamais usufruíram de patamares mínimos exigíveis de um verdadeiro Estado Social. A história dos direitos prestacionais no Brasil é contingente, repleta de descontinuidade.

Observa-se que o déficit de concretização normativa produz efeitos nefastos à sociedade, que concebe a Constituição Federal como uma mera promessa utópica de bem-estar. Um documento eminentemente simbólico¹, sem sustentação real na convivência cotidiana.

Por sua vez, na tentativa de dar concretude ao texto constitucional, a Administração assume inúmeras tarefas, comprometendo-se a um hiperintervencionismo perigoso, difícil de ser realizado, responsável, em grande medida, pela formação de um Estado de mal-estar social².

¹ Cf. MARCELO NEVES, *A constitucionalização simbólica*, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1994, p. 104.

² Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, v.01, Ed. Almedina, Coimbra, 2009, p. 461/465.

A quantidade exacerbada de atribuições assumidas, o alto custo dos seus desenvolvimentos e a escassez de recursos são questões fáticas que contribuem para que o Poder Público tenha que efetuar escolhas. Nesse cenário, conclui-se que a seleção das prioridades e o manuseio do erário afetam, diretamente, a qualidade de vida dos cidadãos.

Em um país com deficiências sociais e econômicas históricas, marcado pela concentração de renda e por desigualdades extremas, o caminho para o cumprimento dos objetivos constitucionais é árduo e longo. A efetividade dos direitos fundamentais, essencialmente os prestacionais, depende de finanças públicas sólidas direcionadas para o atendimento dos objetivos constitucionais, os quais não são atingidos de forma automática, pela proclamação formal de um múltiplo elenco de direitos e garantias constitucionais. Para os seus efetivos cumprimentos, o Poder Público precisa conquistar credibilidade, agir com estabilidade e responsabilidade. Deve, portanto, planejar. A questão central desse processo é que não há planejamento governamental sem orçamento³.

O país vive, atualmente, uma situação dilemática. As despesas estatais se elevam. Diuturnamente, novas e concorrentes necessidades da sociedade surgem agravadas por um cenário de forte crise econômica. De outro lado, há saturação na obtenção de novas receitas, face à elevada carga tributária nacional⁴. A conta pública não se encontra em equilíbrio. Gasta-se mais do que se recolhe. O endividamento público é crescente. Resta apenas a opção de efetuar escolhas criteriosas, bem como empregar racionalmente os escassos recursos em prol da concretização das finalidades contempladas na Constituição.

A definição do que será feito, como, quando e a quem beneficiar recai, portanto, sobre o Legislativo e, principalmente, sobre o Executivo. Contemporaneamente, a necessidade de se regulamentar situações diversas, com inúmeras peculiaridades e complexidades, muitas vezes impossíveis de serem previstas antecipadamente de forma abstrata, dificultou a atividade legislativa. Por essa razão, não é incomum observar o Legislador Ordinário dispor sobre as matérias de forma genérica, utilizando-se de estruturas abertas e indeterminadas, enquanto a Administração assume o papel de efetivá-las nas situações concretas, inclusive

³ Cf. CESAR AUGUSTO ALCKMIN JACOB, “*A Reserva do Possível*”: Obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 241.

⁴ Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em 2018, o Brasil ocupava a segunda maior carga tributária entre os países da América Latina e Caribe, em comparação ao Produto Interno Bruto – PIB. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/tax-policy/america-latina-e-caribe-ganhos-de-receita-tributaria-arrecadados-em-meio-a-deterioracao-das-perspectivas-regionais.htm.pdf>>. Acesso em: 10.09.2020.

através de execução normativa complementar.

A Administração passa a ser o poder dominante no modelo de Estado Social. O Governo elege as políticas públicas a cumprir e as circunstâncias de sua execução e, em certa medida, à margem do Poder Legislativo. Contudo, essa priorização alocativa nem sempre é publicizada pelos seus representantes, de forma expressa. Há uma preocupação demagógica por parte de alguns gestores em não desagradar aos seus eleitores, ávidos por terem todas as suas expectativas e interesses contemplados em curto prazo. Nesse jogo político, o princípio da transparência perde força. Oculta-se dos cidadãos o que será efetivamente concretizado. O debate público em torno das políticas públicas dificilmente é desenvolvido sob a perspectiva da destinação de recursos orçamentários. E, as plataformas eleitorais não debatem em profundidade questões afetas à justa distribuição de recursos. Em verdade, as propostas soam mais como promessas vãs de prosperidade econômica e social.

A investigação do orçamento busca corrigir essa incoerência e desempenha um importante papel para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Por meio da sua análise e do acompanhamento da sua execução, é possível identificar o real direcionamento governamental no exercício da gestão pública e controlar eventuais abusos de poder, por ação ou omissão. Afinal, não há espaço para práticas clientelistas, deletérias e, até mesmo corruptas. Não se pode admitir ausência de probidade no manuseio do dinheiro público.

As leis orçamentárias não podem mais ser renegadas à condição de simples previsões e cálculos aritméticos, de natureza contábil e administrativa. É imprescindível dispensar um novo olhar para esse tema central do Direito Constitucional. Não basta que a peça orçamental seja formalmente correta. O orçamento público precisa produzir resultados, necessita ter efetividade social. A valorização da força normativa desses expedientes legais encontra justificativa, na medida em que a consecução dos objetivos constitucionais depende essencialmente do orçamento, braço financeiro do Estado. Para o cumprimento de tal mister a confecção e a execução orçamentária precisam caminhar na mesma direção trilhada pelo Legislador Constituinte. No dizer de Élide Graziane Pinto, “as leis orçamentárias precisam ser levadas a sério”⁵.

As dificuldades surgem quando no orçamento não são contemplados os comandos

⁵ Cf. ELIDA GRAZIANE PINTO, *Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*, Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, ano 3, n° 05, Belo Horizonte, março/agosto, 2014, p. 96.

plenamente densificados no ordenamento ou, quando consagrados formalmente, a Administração deixa de executá-los, transformando-os em compromissos retóricos de políticas públicas. De fato, há um fenômeno preocupante no país em relação a pouca adesão dos gestores às peças orçamentárias aprovadas pelo Parlamento.

O protagonismo do Executivo atrelado à subalternidade do Legislativo, tacitamente aceito por muitos parlamentares em troca de “recompensas eleitorais” pontuais e pessoais, prejudica o atendimento das verdadeiras prioridades constitucionais, compromete os planejamentos de médio e longo prazo de efeitos globais e, por conseguinte, a credibilidade estatal. Ademais, afeta o salutar equilíbrio entre os Poderes e os distancia dos ideais republicanos. Nessa conformidade, o orçamento é amesquinhado e transmuda-se de instrumento essencial de direcionamento estatal para um produto normativo de menor importância. Resultado, muitas vezes, de uma negociação política irracional e/ou personalista, em prejuízo da persecução do interesse comum.

E como a população reage diante desse descompasso? A sociedade brasileira recorre ao Poder Judiciário. Reiteradamente, Juízes Federais e Estaduais são conclamados pela população brasileira a definirem conflitos envolvendo omissões do Poder Público, sendo inegável que as decisões judiciais, que buscam concretizar deveres prestacionais, produzem impactos nas finanças públicas e afetam o planejamento governamental.

E, apesar de quase duas décadas de intensa intervenção judicial, as falhas detectadas pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais pouco têm servido para aprimorar o planejamento e a execução das ações governamentais. Afinal, sem adentrar no mérito a respeito dos acertos e equívocos provocados pelo intenso ativismo judicial, é inegável que as demandas judiciais continuam a crescer exponencialmente no país, o que revela um cenário de descontentamento da população diante dos precários serviços públicos a ela disponibilizados.

O presente trabalho busca abordar essa temática, enfrentando as seguintes indagações: A quem o cidadão pode recorrer quando o Executivo, sob a justificativa orçamentária, não cumpre os deveres prestacionais a que está juridicamente obrigado pelas normas de direitos fundamentais? Podem os argumentos de ausência de previsão orçamentária e/ou de impossibilidade de sua execução, diante da escassez recursal, prevalecer frente aos comandos constitucionais e legais vigentes no país? A discricionariedade no âmbito orçamental exime a Administração Pública de se submeter ao controle judicial? E, em caso negativo, quais são os

limites da atuação jurisdicional?

Trata-se, sem dúvida, de questões que são alvos de acaloradas discussões políticas e jurídicas. Em um Estado Democrático de Direito, é preciso delimitar quem controla a maneira com que o Poder Público realiza os gastos públicos. É necessário definir se há espaço para que o direito constitucional avance em águas tão turbulentas ou se trata de uma seara eminentemente política, em que apenas os Poderes Executivo e Legislativo, detentores da competência orçamental, podem atuar.

No Brasil, essa confrontação tem sido feita de forma muito tangencial nos fóruns e tribunais. Apesar das inúmeras decisões judiciais, muitas de natureza aditiva, poucas abordam diretamente o tema orçamental, tampouco definem, objetivamente, os limites à intervenção judicial no campo das omissões estatais e dos deveres prestacionais. As decisões prolatadas em demandas que buscam a concretização de direitos fundamentais promocionais baseiam-se, essencialmente, nos fundamentos relacionados à preservação do princípio da dignidade da pessoa humana e ao reconhecimento do mínimo existencial como patamar elementar ao indivíduo. A relevância de ambas as fundamentações é absolutamente inquestionável. A dignidade da pessoa humana é um princípio estruturante da República. O que causa perplexidade é o seu emprego indistinto, quase automático, pelo Poder Judiciário e pelos demais operadores do direito, o que lhe confere um efeito meramente idílico.

Nessa conformidade, apesar da aridez do tema orçamental, é necessário enfrentá-lo. É preciso ter em mente que os direitos e as liberdades constituem apenas um lado da moeda. O outro é representado pelos deveres, pelos seus custos correlatos e, por via de consequência, pelo orçamento, uma vez que este último constitui a forma constitucionalmente legítima para a realização dos gastos públicos. Avaliar a problemática puramente sob uma perspectiva unilateral não trará ganhos efetivos à sociedade. Poderá até trazer benefícios pontuais e momentâneos. Mas, certamente, com graves prejuízos de longo prazo, inclusive para as futuras gerações. Por isso, em defesa dos próprios direitos fundamentais é essencial debruçar-se com maior vagar sobre o orçamento, sobre a possibilidade de controle judicial e sobre os seus limites. Há muito trabalho a fazer nesses domínios.

Assim, apresentado, em breve síntese, o tema a que se propõe investigar, bem como as dificuldades que precisam ser inevitavelmente enfrentadas, a abordagem será desenvolvida em três etapas, conforme o roteiro a seguir delineado.

A primeira parte tem como escopo compreender e contextualizar o instituto orçamentário, em seu tempo, espaço e circunstância.

No primeiro capítulo, realiza-se uma incursão histórica sobre o orçamento público, suas origens e transformações no constitucionalismo ocidental. Estudo que também perpassa pelo desenvolvimento do orçamento nas Constituições pretéritas brasileiras. Trata-se de uma investigação de grande utilidade para a compreensão da atual configuração conferida ao tema pela Constituição Federal de 1988.

Após essas considerações são examinadas, no segundo capítulo, as especificidades que fornecem contornos próprios ao orçamento na Carta Constitucional vigente. São abordados os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, alicerces nos quais a atividade financeira deve se fincar. Discorre-se sobre o Plano Plurianual-PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA, os seus campos de competência e o vínculo de interdependência existente entre a tríade orçamentária. Ademais, são analisados os mecanismos disponíveis à Administração nos casos em que há a necessidade de realização de gastos insuficientemente estimados ou sequer previstos nas peças orçamentais. São os chamados créditos adicionais.

No terceiro capítulo, adentra-se, com maior vagar, no papel do planejamento para o êxito da atividade financeira do Estado. Ao estudar a formatação orçamentária adotada pelo Legislador Constituinte percebe-se a evolução das funcionalidades orçamentárias. O instituto orçamentário, além de promover o controle político, também corresponde a um importante instrumento de gestão. Para melhor compreender essa mudança, analisa-se a sequência funcional e temporal das atividades desempenhadas pelo Estado, denominada ciclo orçamentário, no qual o ato de planejar constitui uma das suas etapas essenciais. Os desdobramentos desse ciclo são vistos em separado, para melhor desenvolvimento do tema. Na prática, essas etapas não são lineares. Ao contrário, o planejamento, a execução e a avaliação orçamentária possuem uma relação de interdependência e continuidade.

Em paralelo, é impossível falar nesse processo, sem que também se mencione o princípio da transparência. É ele que assegura, em grande medida, a coerência do sistema orçamentário no Estado Democrático de Direito. Trata-se de um mecanismo de aproximação entre o Estado e o cidadão, uma vez que possibilita a participação ativa desse último no cenário político do país. O princípio da transparência compele o gestor a atender as demandas sociais com racionalidade, eficiência e probidade, além de contribuir fundamentalmente no

processo de responsabilização do agente público, pelas práticas ilícitas cometidas no exercício das suas funções. Sem que haja a responsabilização das suas condutas desviantes, o agente sente-se com maior liberdade para cometê-las, em detrimento da comunidade. Logo, a possibilidade efetiva de aplicação de sanção em seu desfavor é um instrumento necessário para inibir e combater a prática de condutas que acarretem malversação dos cofres públicos.

Por fim, são diagnosticados e avaliados alguns dos problemas frequentemente constatados durante o desenvolvimento do ciclo orçamentário, no Brasil. O que, em nosso entender, tem comprometido seriamente o desempenho dos gastos públicos e, por conseguinte, o atendimento das necessidades sociais.

Na segunda fase, o objetivo é investigar o orçamento sob as vertentes política e jurídico-constitucional.

No quarto capítulo, é analisada a interferência política no processo orçamentário, decorrente das relações mantidas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Para tanto, discorre-se sobre a importância da governabilidade para o exercício das ações governamentais, com destaque para o evento histórico responsável por ser o estopim da criação da Teoria Clássica do Orçamento. Trata-se do conflito orçamental prussiano vivenciado na segunda metade do século XIX.

Em seguida, a problemática é trazida para a realidade brasileira. Avalia-se o custo da sustentação política no país, bem como as nuances das relações mantidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, após o processo de redemocratização nacional até os dias atuais. O objetivo é delinear em que medida a interferência política altera o processo orçamentário. Verificar se a prática é muito diferente das competências e procedimentos formalmente disciplinados no texto constitucional.

No quinto capítulo, o orçamento é analisado sob uma perspectiva jurídico-constitucional. Nesse sentido, indagam-se os motivos que impedem a Administração Pública de se ater ao orçamento aprovado pelo legislador democraticamente legitimado. Investiga-se se a flexibilidade orçamentária constitui um instrumento realmente necessário ao gestor e se os estatutos orçamentários correspondem a uma mera autorização para que o Poder Executivo possa realizar os gastos públicos ou se há múltiplos comandos normativos a serem extraídos desses expedientes, inclusive de cunho imperativo. De outro giro, se em tempos de normalidade, as dúvidas quanto à necessidade de cumprimento do orçamento são grandes, nos

momentos de crise econômica e fiscal a situação fica ainda mais complexa e não poderia deixar de ser abordada.

Na terceira e última fase da investigação concentra-se no cerne do problema proposto, relacionado à intervenção judicial. É preciso elucidar qual o papel que o Poder Judiciário pode desenvolver no momento em que é chamado para analisar a inércia do Poder Público, no cumprimento dos seus deveres prestacionais, quando este alega impedimento de natureza orçamental.

Para colocar-se defronte ao tema são analisadas duas das principais objeções suscitadas pela Administração, quando compelida juridicamente a agir na prestação de direitos promocionais, quais sejam, a legitimidade democrática da Justiça Constitucional e o argumento em torno da reserva do possível.

Destarte, no sexto capítulo avalia-se a legitimidade democrática do Poder Judiciário para dirimir conflitos dessa natureza, em face do princípio da separação de poderes. Expõem-se breves notas sobre os seus primórdios e a evolução da Jurisdição Constitucional. Após esta aproximação do problema, apresentam-se os argumentos mais significativos que têm sido suscitados contra a legitimidade judicial, bem como favoráveis ao seu reconhecimento.

Superada a questão afeta à legitimidade, o capítulo seguinte enfrenta outro importante óbice suscitado pela Administração contra a intervenção judicial: a reserva do possível, mais especificadamente em relação à temática orçamental. Procura-se investigar a relação existente entre os deveres estatais, as dimensões dos direitos fundamentais, os seus custos e as diferentes hipóteses de escassez. E, abordam-se as principais dificuldades a serem enfrentadas pelo Poder Judiciário na análise do tema, tais como a discricionariedade administrativa, a identificação das omissões constitucionais e a suposta ausência de conhecimento técnico multidisciplinar do Judiciário para a avaliação das questões em torno da reserva do possível.

Somente a partir desses pressupostos teóricos é que, no oitavo capítulo, defronta-se com o ponto nevrálgico do trabalho, em torno dos limites da atuação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem as omissões estatais, os deveres promocionais e os seus desdobramentos orçamentais. Nesse campo, é fundamental esclarecer se deve o Magistrado restringir-se a detectar a violação e advertir o Poder Público ou se pode solucionar o caso concreto, impondo o cumprimento de uma determinada prestação, ainda que sem previsão

orçamentária ou com dotação insuficiente.

De início, analisa-se, ainda que resumidamente, o controle de constitucionalidade, no Brasil, sob os vieses histórico e das inovações decorrentes da Constituição Federal de 1988.

Logo após, são examinados alguns precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal para identificar se os temas aqui debatidos estão sendo objeto de análise pela Suprema Corte brasileira, tanto em sede de controle de constitucionalidade abstrato, quanto na fiscalização de constitucionalidade difusa. A pesquisa desenvolvida avaliou 115 (cento e quinze) julgados disponibilizados pelo site da Corte Constitucional. Na esfera do controle difuso de constitucionalidade, a análise dos julgados foi dividida de acordo com os seguintes temas: direito à educação, direito à saúde e direito à moradia. O objetivo foi descobrir em que matérias a legitimidade do Poder Judiciário e o óbice orçamental têm sido suscitados; se há diferença de tratamento dessas temáticas entre os direitos fundamentais analisados e quais os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para os seus enfrentamentos. Em seguida, são tecidas considerações críticas a respeito dos precedentes judiciais.

Tudo para que, ao final, sejam sistematizados e propostos parâmetros capazes de objetivar, com racionalidade e consistência, quando e como a atuação jurisdicional deve ser desenvolvida nos domínios que permeiam os deveres prestacionais, as omissões estatais e o orçamento público.

PARTE I
COMPREENDENDO O INSTITUTO
ORÇAMENTÁRIO

CAPÍTULO 1

ASPECTOS HISTÓRICOS DO ORÇAMENTO PÚBLICO

1.1 O constitucionalismo e o orçamento público

1.1.1 Origem

A análise dos antecedentes históricos revela-se uma ferramenta de grande importância para compreender melhor um objeto de investigação. Em relação ao instituto orçamentário, sua existência encontra explicação nas circunstâncias de natureza política, econômica e social que fundamentaram a sua concepção.

As origens do orçamento público remontam, ainda que embrionariamente, ao início do século XIII, na Inglaterra⁶. Após conflitos internos e somar inúmeras derrotas em batalhas militares travadas contra a França, as quais foram subsidiadas por altas contribuições compulsórias exigidas dos seus súditos, o Rei João Sem-Terra perdeu a sua sustentabilidade política. Em retaliação, na data de 10 de junho de 1215, barões ingleses invadiram a cidade de Londres e exigiram que o rei se comprometesse, dentre outras exigências no âmbito da defesa da liberdade e da propriedade, a não instituir tributos sem a anuência prévia do Conselho do Reino⁷.

⁶ O autor SANDOVAL ALVES DA SILVA (*Direitos Sociais. Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*, 2ª reimpressão, Ed. Juruá, Curitiba, 2011, p. 110) entende que o instituto esteve presente ao longo da história, sendo que os seus primórdios remontam à legislação sancionada por Moisés, no ano 1300 a.C., a qual disciplinava as funções da justiça e a arrecadação de dízimos, bem como ao Código de Manu, que regulava a arrecadação e a administração dos recursos públicos. Nesse mesmo sentido, SERGIO JUND, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, Ed. Elsevier, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2008, p. 62/63. De outro lado, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*Curso de Direito Financeiro*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 314/315) cita como origem embrionária do orçamento os registros feitos no Império Romano. Nessas anotações, segundo o autor, inscrevia-se, ainda que genericamente, as receitas públicas, obtidas através da cobrança de impostos e a inscrição dos gastos do Imperador, apesar de inexistir menção a qualquer espécie de limite e/ou restrição. Para MARCOS NÓBREGA (*Orçamento, Eficiência e Performance Budget*, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 695), as origens do orçamento são anteriores à Carta Magna. Na cidade de Coimbra, em Portugal, no ano 1021, foi lavrado um documento de autoria do Rei Afonso VI que determinava que a cobrança de tributos extraordinários dependeria da autorização dos contribuintes. A respeito das origens do instituto orçamentário, em Portugal, ver MARIA MATILDE COSTA LAVOURAS, *Natureza Jurídica do Orçamento – Breves Reflexões*, Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra, vol. XLV, Coimbra, 2002, p. 422/426.

⁷ Sobre o tema destacam-se JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, p. 3777; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, 17ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2017, p. 31/33; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e*

O compromisso subscrito pelo monarca, denominado de Magna Carta, foi resultado da ruptura entre a nobreza e a monarquia, acostumada, até aquele momento, a decidir isoladamente sobre todos os impostos e gastos necessários para a manutenção da Coroa, sem controle de eventuais arbítrios no manuseio do dinheiro público.

A relevância desse documento, ainda que não se refira diretamente ao gasto público, mas sim à cobrança de tributos⁸, surge exatamente da criação de um documento formal capaz de limitar o poder do monarca, inclusive no âmbito financeiro.

O orçamento das despesas públicas somente passou a ser objeto de controle parlamentar mais tarde, em meados do século XVII, também na Inglaterra. Isso porque, apesar dos limites fixados à Coroa, em 1215, os conflitos do monarca com a nobreza e, posteriormente, com a burguesia persistiram ao longo dos séculos. Entre os anos de 1688 e 1689, deflagrou-se a Revolução Gloriosa, denominada, ainda, de Revolução sem Sangue, em razão das poucas batalhas bélicas travadas para a deposição do monarca Jaime II⁹.

A Revolução Gloriosa promoveu a substituição da dinastia *Stuart*, de doutrina católica, pela dinastia *Orange*, protestante. E gerou a promulgação do *Bill of Rights* pelas Câmaras dos *Lords* e dos Comuns, que instituiu, dentre outros direitos relevantes, a livre apresentação de petições pelos súditos. No âmbito das receitas e despesas, a declaração estabeleceu ao Parlamento o poder de criar impostos, além de autorizar a organização e a manutenção do Exército, em tempo de paz¹⁰. Frise-se que, na época, os custos com o exército

Tributário. O orçamento na Constituição, vol. V, 3ª edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p. 03/04; CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 49/50 e SERGIO JUND, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, op. cit., p. 61.

⁸ O item 12, da Magna Carta estabeleceu que: “Nenhum imposto ou ajuda será imposta no nosso reinado, exceto pelo Conselho Comum do nosso reino, a menos para o resgate da nossa pessoa, a cavalaria do nosso filho mais velho e uma vez para o casamento da nossa filha mais velha, e para tais casos apenas uma ajuda razoável será paga, proceder-se-á igualmente a respeito das ajudas da cidade de Londres”.

⁹ Conforme JORGE REIS NOVAIS (*Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, p. 28/29), a evolução do poder estatal, na Inglaterra, que não vivenciou o modelo de Estado absoluto, ocorreu de forma mais gradativa e “quase insensível”. Sobre a Revolução Gloriosa e os seus impactos na evolução histórica do orçamento público, ver JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 32/33 e MAILSON DA NOBREGA, *Por um verdadeiro orçamento impositivo*. Disponível em: <<http://www.mailsondanobrega.com.br/artigos/47-por-um-verdadeiro-orcamento-impositivo>>. Acesso em: 07.01.2015.

¹⁰ O *Bill of Rights* se opõe à concepção de organização estatal defendida por Hobbes, sustentada em torno de uma única autoridade soberana. Ao tratar da nutrição e da procriação de um Estado, THOMAS HOBBES (*Leviatã*, vol. I, Ed. Nova Cultural, São Paulo, 1988, p. 150/154) defende que a entrega ao uso público dos bens necessários à vida compete ao monarca soberano. Aos súditos, por sua vez, recaem as obrigações relativas ao sustento do Estado, sendo defeso qualquer ato por eles praticado em desfavor do monarca. Em contraponto à tese *hobbesiana*, os Lordes e os membros da Câmara dos Comuns declararam, respectivamente, nos itens 4, 6 e 10 do *Bill of Rights* inglês, que: “4 - é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem o concurso do Parlamento, sob o pretexto de prerrogativa ou em época e modo diferentes dos designados por ele

e equipamentos bélicos correspondiam a grande parte dos gastos do Estado. Mas, foi em 1787, que o Parlamento inglês aprovou o *Consolidated Fund Act*, que determinou a inscrição do registro de todas as receitas e despesas públicas do Governo e a publicação anual do relatório descritivo das finanças públicas.

Nesse contexto, o *Bill of Rights* e o *Consolidated Fund Act* constituem documentos emblemáticos, pois, sinalizam o interesse da sociedade britânica no controle dos gastos públicos, antes inexistente. E, principalmente, revelam o incremento do controle do poder político sobre o monarca, pela população, representada pelo Parlamento¹¹.

É importante consignar que as declarações inglesas do século XVII promoveram uma evolução das liberdades e dos privilégios dos estamentos sociais e corporativos medievais, representados pela nobreza e pelo clero, ampliando-se o seu conteúdo e estendendo-as aos demais cidadãos ingleses.

No entanto, a insatisfação com a organização política vigente não ocorreu, apenas, na Inglaterra. Diversos países europeus decidiram rever os seus pactos sociais. Merece destaque, no entanto, a situação vivenciada pela França, onde a transição de poder não ocorreu de forma gradual, muito menos pacífica. A crise financeira instalada no país, acrescida pela escassez de alimentos, cobrança de altos tributos e de intensa estratificação social fomentou ainda mais a instabilidade existente entre a Coroa e os demais segmentos da sociedade representados pela burguesia, clero, camponeses e trabalhadores. Em meados de maio de 1789, foi deflagrada a Revolução Francesa.

Em data de 17 de junho de 1789, editou-se o decreto conhecido como “Juramento da Sala do Joga da Péla” em que representantes do povo se comprometeram a não mais se separar até a aprovação de uma nova Constituição para a França. Nessa oportunidade, no âmbito do controle das receitas, definiu-se que os impostos somente poderiam ser cobrados

próprios, 6 – o ato de levantar e manter dentro do país um exército em tempo de paz é contrário à lei, se não preceder de autorização do Parlamento; 10 – não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiadamente severas”.

¹¹ Ao tratar do controle do poder político por intermédio do orçamento público, o autor ANTONIO LOBO XAVIER, (*O Orçamento como lei: contributo para a compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português*, Boletim de Ciências Económicas, vol. XXXIII, Coimbra, 1990, p.237/238. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316.2/26080>>. Acesso em: 09.01.2017) ressalta a diferença entre a intenção dos oponentes à monarquia absolutista, durante a Idade Média e em meados do século XVII. Para o doutrinador lusitano, o objetivo dos cidadãos, em um primeiro momento, consistia em controlar os poderes ilimitados do Rei. No âmbito tributário, pretendia-se restringir o poder de autorizar ou não a criação de impostos, a fim de impedir a sua incidência compulsória e abusiva. Por sua vez, no século XVII, a burguesia pretendia ir além. A sua pretensão era interferir mais diretamente na vida política. A classe burguesa via a fragilidade do monarca como oportuna para a implantação do seu projeto de real de ascensão ao poder político em vigor.

com a concordância da nação¹².

Apesar das inúmeras tentativas de Luís XVI direcionadas para a dissolução da Assembleia Nacional Constituinte, suas investidas não obtiveram êxito. O resultado foi a tomada da Bastilha em 14 de julho de 1789. Em 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte votou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamando que todos “os homens nascem e são livres e iguais em direitos¹³”. Com inspiração no iluminismo, o documento qualifica os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão como garantias inalienáveis do ser humano¹⁴.

Não se pode olvidar que esses movimentos reivindicatórios, apesar das diferentes matizes e cronologias, constituíram um marco divisório da história constitucional europeia. A tônica foi dada pela necessidade de contenção do poder ilimitado usufruído pelo Monarca. Há uma completa reformulação nas relações mantidas entre o Governo e o Legislativo que culminou com a despersonalização do poder e a supremacia do Parlamento, em uma nova concepção de Estado, também conhecido por Estado Legislativo¹⁵.

Nessa nova configuração de poder, a evolução do instituto orçamentário prosseguiu no continente europeu. Em 1815, na França, adotou-se o princípio da anualidade e, em 1817, a necessidade de individualização das despesas públicas. Por sua vez, em 1822, o Governo inglês passou a ter a obrigação de expor ao Parlamento o seu plano financeiro com uma descrição detalhada de todas as finanças públicas¹⁶.

Além das mudanças vivenciadas em terras europeias, nos Estados Unidos as mesmas questões foram colocadas em debate. Na América, a limitação do poder político tem suas raízes históricas a partir da Declaração de Independência dos Estados Unidos, também

¹² Cf. JESSE BURKHEAD, *Orçamento Público*, Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1971, p. 05/09 e JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 34.

¹³ Cf. artigo 1º, 1ª parte, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹⁴ Os direitos de liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão estão elencados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seus artigos 2º, 4º, 10º e 11º; 17; 7º e 9º; 8º, respectivamente.

¹⁵ Cf. FABIO KONDER COMPARATO, *Ensaio sobre o Juízo de constitucionalização de políticas públicas*, Revista dos Tribunais, vol. 737, ano 86, RT, São Paulo, 1997, p. 39/43.

¹⁶ Maior detalhamento sobre o tema, ver CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*, op. cit. p.49/50; JESSE BURKHEAD, *Orçamento Público*, op. cit. p. 05/09; SERGIO JUND, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, op. cit., p. 63; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 31/34 e ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2008, p. 341/345. O doutrinador português ao tratar do tema, analisa, ainda, o sistema português, durante o período em exame. Em seus ensinamentos, menciona que o primeiro plano orçamentário lusitano (1820-1821) desenvolvido pelas instituições jurídico-políticas do país foi implementado em decorrência da Revolução Liberal, ocorrida no ano de 1820.

denominada de Declaração de Direitos da Virgínia, subscrita em 1776. O estopim do conflito vivenciado entre as colônias e o Governo inglês decorre da criação de tributos pelo Parlamento britânico, sem qualquer consulta ou participação das colônias sediadas na América, diretamente interessadas na decisão legislativa. Ao justificar a separação das colônias americanas do domínio inglês, editou-se um documento de inquestionável valor humanístico, voltado a coibir a utilização despótica do poder¹⁷. Limitações ao fisco podem ser extraídas do seu bojo, na medida em que é previsto que o povo somente será submetido a cumprir obrigações que causem impacto à sua propriedade privada mediante lei¹⁸.

Após a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1789, os Estados Unidos aprovaram a sua Constituição, composta pelas dez primeiras emendas, denominadas coletivamente de *Bill of Rights*. No seu corpo, estão inseridos inúmeros direitos, com o propósito de proteger o cidadão contra investidas indevidas do Estado, nas esferas da sua autonomia e liberdade pessoal. No aspecto orçamentário, o texto constitucional americano contempla, ainda que sem especificar os procedimentos, a necessidade de que o Congresso autorize o Governo, através de lei, a realizar gastos públicos¹⁹.

Sem dúvida, um dos mais importantes contributos deixados pela Declaração de Independência dos Estados Unidos foi justamente a reavaliação da legitimidade governamental. Ao contrário do entendimento dominante nas monarquias despóticas, a justificativa para a existência do governo não é intrínseca, onde as ações estatais são direcionadas para fins de autopreservação²⁰. Segundo o documento americano, a razão de ser do Governo é externa e encontra autoridade no resguardo dos direitos de liberdade, de propriedade e de segurança de cada um dos homens. O Governo é, portanto, um mero

¹⁷ O artigo 3º da Declaração de Direitos da Virgínia prevê que: “O Governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no maior alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração. Todas as vezes que um governo seja incapaz de preencher essa finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e imprescritível de reformar, mudar ou abolir da maneira que julgar mais própria a proporcionar o benefício público”.

¹⁸ O artigo 7º da Declaração de Direitos da Virgínia estabelece que: “Nenhuma parte da propriedade de um vassalo poder ser tomada, nem empregada para uso público, sem seu próprio consentimento, ou de seus representantes legítimos; e o povo só está obrigado pelas leis, da forma por ele consentida para o bem comum”.

¹⁹ O artigo I, seção 9, item 7 da Constituição Americana disciplina que: “Dinheiro algum poderá ser retirado do Tesouro senão em consequência da dotação determinada em lei. Será publicado periodicamente um balanço de receita e despesa públicas”.

²⁰ De acordo com NICOLAU MAQUIAVEL (*O Príncipe*, Capítulo XIV, p. 59/60. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/zip/oprincipe>>. Acesso em: 10.07.2015), para a sua manutenção do poder, um príncipe não pode ter outro objetivo senão priorizar a arte da guerra, uma vez que ela mantém aqueles que nasceram príncipes, como também muitas vezes faz os homens de condição privada ascenderem àquela posição. Ao invés, segundo o doutrinador italiano, observa-se que, quando os príncipes não pensam nas armas, perdem o seu Estado.

instrumento destinado ao atingimento de finalidades extrínsecas, em benefício da população.

Com efeito, seja na Europa ou na América, o fortalecimento do poder do Parlamento marcou profundamente a configuração do instituto do orçamento público.

1.1.2 O Estado Liberal e o orçamento

Dessa feita, com base nos postulados ideológicos de John Locke, Montesquieu, Stuart Mill e Adam Smith, Estados Unidos e Europa, cada qual com suas especificidades histórico-sociais e temporais, iniciam uma nova conformação de Estado no constitucionalismo ocidental²¹.

Surge o Estado Liberal. Sua estrutura alicerça-se nos valores de liberdade, na defesa da propriedade privada e na igualdade de todos perante a lei²², através de um Estado mínimo, de postura não intervencionista.

Para a doutrina liberal, a autonomia e a liberdade individual correspondiam a um escudo de proteção do cidadão contra atuações estatais não salvaguardadas em lei. A organização política revela a predominância do Poder Legislativo, frente aos demais. O Poder Judiciário, por sua vez, é considerado um poder neutro, reativo, destinado a resolver conflitos individuais, através da aplicação subsuntiva das leis ao caso concreto. Nesse modelo, o Estado não intervém na ordem econômica e social. Recai ao cidadão a obrigação de, por seus próprios meios, obter o acesso a bens econômicos, sociais e culturais, tais como saúde, educação, moradia e lazer.

O instituto do orçamento público, no âmago da teoria liberal, desenvolveu-se sob a influência dessa ideologia. Um Estado mínimo não necessitava de uma estrutura grandiosa para o seu correto funcionamento. Ao invés, deveria limitar-se ao cumprimento das tarefas

²¹ Sobre o tema, ver JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, Ed. Martin Claret, São Paulo, 2002; CHARLES MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, Livro XI, Editora Martin Claret, São Paulo, 2005; ADAM SMITH, *A Riqueza das Nações*, Livro I, Ed. Juruá, Curitiba, 2006; JOHN STUART MILL, *Sobre a Liberdade*, Ed. LPM, São Paulo, 2016; NORBERTO BOBBIO, *Locke e o Direito Natural*, Ed. UNB, Brasília, 1997 e FERNANDO ARAÚJO, *Adam Smith. O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Ed. Almedina, Lisboa, 2011.

²² Apesar do discurso baseado na ideia de liberdade e de igualdade propagado pelos defensores da ideologia liberal, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (*Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento*, 2ª reimpressão, Cortez Editora, São Paulo, 2013, p. 76/77) destaca incongruências entre a teoria e a prática, reflexo da tensão social vivenciada à época. Consoante o doutrinador, se por um lado os direitos de liberdade e de igualdade são assegurados aos cidadãos sob uma perspectiva universal e inalienável, por outro, não se consegue entender a ambiguidade de Voltaire sobre a escravidão e o fato de John Locke ter se enriquecido com o comércio de escravos. Ao final, o autor conclui que: “A concepção ocidental capitalista da humanidade não é pensável sem o conceito de sub-humanidade. Ontem como hoje, sob formas distintas”.

indispensáveis ao atendimento das necessidades primárias do Estado²³. Ou seja, os gastos estatais deveriam ocorrer, essencialmente, para a promoção da justiça e da segurança interna, bem como para as situações de guerra, sem prejuízo dos dispêndios estritamente necessários para o regular funcionamento da máquina pública.

Nessa conformidade, o orçamento clássico ou tradicional constituía um documento estático, de natureza contábil, em prol da obtenção do equilíbrio entre as receitas e as despesas públicas. O objetivo do instrumento era eminentemente político. Servia para que o Parlamento controlasse os gastos desempenhados pelo Governo e os mantivesse em harmonia com as receitas recolhidas dos contribuintes.

Sem questionar os avanços provenientes do controle das despesas governamentais pelos cidadãos, representados pelos parlamentares, fato é que o instituto, nessa época, não retratava quaisquer orientações finalísticas do Governo. O orçamento não era utilizado como instrumento de planejamento econômico e social. Esses eram assuntos restritos aos próprios cidadãos e ao mercado. A função constitucional do Estado Liberal caracterizava-se pelo seu caráter não intervencionista, de zelo pelas liberdades civis clássicas, de natureza predominantemente negativa e pelos direitos políticos.

No gozo de tais liberdades, os indivíduos buscariam o seu sustento e os seus interesses. Ao assim procederem, fomentariam naturalmente as atividades econômicas e ajudariam aos outros, mesmo sem intenção. A prosperidade das nações decorreria justamente da força do trabalho e da sua especialização, sendo imperativo o respeito ao direito à liberdade pelo ente estatal para que o sistema funcionasse, mecanicamente²⁴.

²³ A respeito da natureza e dos elementos do Estado Liberal de Direito, ver JORGE REIS NOVAIS, *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 28/33; JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Ed. Almedina, Coimbra, 2006, p.73/86; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 65/69 e RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 05 e 11/12. Ao analisar a estrutura do Estado Liberal, Ricardo Lobo Torres o caracteriza como o Estado Fiscal Clássico também denominado de Estado Guarda Noturno, o qual se restringia a realização da guerra e da justiça, bem como à intervenção, de forma absolutamente diminuta, no âmbito econômico e social dos cidadãos. Para um melhor detalhamento a respeito da perspectiva financeira no Estado Liberal, ver ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, op. cit., p. 52/58 e MARIA D'OLIVEIRA MARTINS, *A despesa pública. Uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça na despesa pública*, Ed. Almedina, Coimbra, 2016, p. 57/61.

²⁴ Sobre as ideias de “mão invisível”, do poder do agente econômico e do instrumentalismo propostas por Adam Smith, é válido destacar a pertinente ponderação sobre a obra do economista e filósofo escocês, feita por FERNANDO ARAÚJO (*Adam Smith. O Conceito Mecanicista de Liberdade*, op. cit., p. 720/721) nos seguintes termos: “Esta tão famosa passagem deveria ser mais frequentemente contrastada com uma outra, nas lições jurídicas, na qual Smith admite que a redistribuição automática de riqueza tenha lugar, mas ressalva a inoperância do mecanicismo reequilibrador se as grandes fortunas ultrapassam certos limites, ou seja, se as

Em resumo, o Estado Liberal era caracterizado, no campo financeiro e orçamentário, pela simplicidade da gestão financeira estatal e pela sua postura de abstenção econômica. A realização de despesas públicas era concebida como improdutiva e, por essa razão, tinha-se como imprescindível limitar os gastos ao mínimo essencial. Logo, o papel do Poder Público nessa seara era bastante reduzido. O protagonismo pertencia ao mercado.

Não se pode deixar de considerar que essa ideologia influenciou profundamente as relações sociais e econômicas em vigor. A produção capitalista desenvolveu-se vertiginosamente. As técnicas de manufatura foram substituídas por máquinas e demais recursos tecnológicos.

Instalou-se, portanto, a chamada Revolução Industrial. Iniciada na Inglaterra propagou-se rapidamente para outros países da Europa e para os Estados Unidos. Um marco histórico que alterou para sempre a concepção de vida do mundo ocidental.

Para atender as demandas da nova indústria, um grande número de pessoas que viviam nos campos foi deslocado para as cidades, as quais não tinham infraestrutura compatível para recebê-las, em tão curto espaço de tempo. Os ambientes das fábricas eram insalubres e as condições de vida do trabalhador não se evidenciavam auspiciosas. As jornadas de trabalho eram exaustivas e se estendiam às mulheres e aos jovens, muitas vezes, indistintamente. Os impactos dessa nova realidade foram profundos. A grande concentração de pessoas em condições precárias de habitação, higiene e de salubridade constituiu um ambiente propício para a proliferação de doenças. Sem saúde, o indivíduo não trabalhava e, logo, não recebia salário.

As insatisfações sociais começaram a surgir e não mais por parte da burguesia. Eram essencialmente os trabalhadores que começaram a se mobilizar para reivindicar garantias que lhes assegurassem outros direitos que não apenas às liberdades negativas. Estas, embora fundamentais, não lhes proporcionavam acesso à saúde e à segurança no emprego, em caso de eventualidades. A busca por melhores condições de vida e trabalho fez com que trabalhadores se organizassem, em defesa de seus interesses, dando forma ao que conhecemos atualmente como sindicato²⁵.

disparidades econômicas excedem certos valores – o que permite conciliar o seu mecanicismo com a sua “consciência social” e com uma solicitude pela condição dos pobres, a qual de outro modo poderia parecer paradoxal num pensador que tornara o mecanicismo uma premissa de otimismo”.

²⁵ Dentre as críticas desenvolvidas, no período, em desfavor do sistema capitalista, merece destaque a obra desenvolvida, na segunda metade do século XIX, por KARL MARX, *O capital, Crítica da Economia*

A conjuntura política, social e econômica era de turbulência. Contudo, o quadro agravou-se com a ocorrência de três eventos históricos: a Primeira Guerra Mundial, o período da grande depressão americana, provocada pela crise da bolsa da cidade de Nova York, no ano de 1929 e a Segunda Grande Guerra.

A Primeira Guerra Mundial produziu resultados significativos na geopolítica global. Os impérios austro-húngaro e otomano deixaram de existir. Em 1917, o czarismo russo foi deposto. De outro lado, os impactos sociais e econômicos não foram menos relevantes. Milhares de jovens soldados morreram ou ficaram gravemente feridos, o que interferiu na mão de obra disponível ao mercado. O consumo reduziu-se drasticamente. Ademais, os países derrotados foram condenados ao pagamento de uma indenização de guerra, que lhes acarretou um aumento exponencial em suas dívidas públicas.

Em razão da profundidade da crise, marcada pela instabilidade política e econômica decorrente de altas taxas inflacionárias e pela desorganização social, as consequências provenientes da Primeira Guerra Mundial foram sentidas nas décadas seguintes, no continente europeu.

As dificuldades vivenciadas na Europa, por sua vez, propiciaram um cenário favorável à economia dos Estados Unidos. Imbuídos na ideia de estabilidade política e econômica não existente nos países europeus, devastados pelos efeitos de uma guerra de enormes proporções, os americanos promoveram uma verdadeira euforia econômica, durante a década de 1920.

Nesse cenário, os compradores adquiriam na bolsa de valores ações de empresas, muitas delas de origens desconhecidas. O livre mercado ditava as regras. No entanto, o crescimento econômico revelou-se artificial e desfez-se no dia 24 de outubro de 1929, conhecido como “quinta-feira negra”. A quebra da bolsa de Nova York acarretou a falência e o desemprego na então maior economia mundial e gerou impactos em outros países, inclusive no continente europeu, agravando, ainda mais, uma realidade que já era de crise.

O conflito militar que eclodiu na Europa, no final da década de 30 do século passado

Política. Disponível em: <http://www.gepec.ufscar.br/publicacoes/livros-e-colecoes-marx-e-engels/o-capital-livro-1.pdf/at_download/file>. Acesso em: 06.04.2018. A respeito dos impactos provocados pelos debates em torno da justiça distributiva, durante o Estado Liberal, ver BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e JOSÉ PEDROSO, *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, p. 03. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs-00-30/rbcs30-07.htm>>. Acesso em: 15.01.2015; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 12 e ANTÔNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, op. cit., p. 58/59.

chamado de Segunda Guerra Mundial, foi resultado desse ambiente de insegurança política, econômica e social, vivenciada havia décadas, pelos europeus. As dificuldades aparentemente insolúveis enfrentadas pela população fomentaram o desenvolvimento de movimentos nacionalistas em países, como na Alemanha e na Itália. Durante a Segunda Grande Guerra, milhares de pessoas foram enclausuradas em campos de concentração. Outras centenas de milhares morreram.

Em suma, o início do século XX foi caracterizado por conflitos bélicos, colapsos econômicos e alterações em configurações sociais que impactaram negativamente o modelo de Estado Liberal vigente²⁶. Sob a perspectiva orçamentária, as configurações jurídicas e políticas dos instrumentos financeiros encontravam-se em real distanciamento às demandas sociais existentes, à época.

1.1.3 O Estado Social e o orçamento

Após essas experiências dramáticas, os países começaram a se questionar sobre o que fazer. Havia dúvidas se o melhor caminho seria retornar ao modelo liberal ou continuar com o intervencionismo de guerra, o que poderia perder o sentido com o término do conflito militar.

Verifica-se que as experiências obtidas com as guerras mundiais, principalmente os traumas vivenciados com o holocausto, representaram uma conjuntura favorável para a retomada dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, subscrita em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, congrega a tutela internacional dos direitos humanos e a ideia da necessidade de construção do mundo, por meio de novos alicerces²⁷.

²⁶ A este respeito, JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional, Tomo I. Preliminares. O estado e os sistemas constitucionais*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 91) resume o século XX, nas seguintes palavras: “Século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos. É, portanto, o século em que o Direito Público sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social”.

²⁷ Nesse sentido, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos é, por si, bastante elucidativo. Em seu bojo constam refletidas as novas concepções de pensamento assumidas pelas nações, fortemente influenciadas pelo ideal humanista. Pela sua importância na história do constitucionalismo mundial, segue o preâmbulo do referido documento: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos

As garantias introduzidas pelo Estado Liberal assentadas no império da lei e na salvaguarda dos direitos fundamentais de liberdade, segurança e propriedade mostraram-se insuficientes para conter as inúmeras injustiças sociais e conflitos de direitos humanos, agravados pela crise de 1929 e pelos pós-guerras. De fato, o modelo caracterizado pela não intervenção estatal na vida social e econômica entrou em declínio. Na Europa, verificou-se uma mudança de rumo orientada a uma nova concepção constitucional de Estado, denominado Estado Social²⁸.

O *Welfare State* trouxe uma redefinição do papel estatal perante os indivíduos. A neutralidade estatal é substituída pelo intervencionismo. O Estado de estrita legalidade passa a ser influenciado por valores éticos e morais de caráter solidário. Os direitos fundamentais de primeira geração são complementados pelos direitos sociais e econômicos, para a promoção de igualdade material e de existência condigna. A justiça distributiva passa a ser também uma questão de direito²⁹. De igual forma, na ótica das finanças, os impostos começam a ser empregados como meio de redistribuição de riquezas, em busca de uma equiparação não

bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

²⁸ Apesar da utilização no presente trabalho das expressões “Estado Social”, “Estado de Bem-Estar Social” e “Welfare State” como sinônimos, não se pode deixar de registrar que o Estado Social desenvolveu-se de formas diversas, nos países que o receberam. Essencialmente, formaram-se dois modelos estruturais. Enquanto o chamado Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State* baseava-se na matriz alemã ou bismarckiana, o Estado Providência recebeu influência do modelo britânico ou *beveridgeano*. Dentre as principais diferenças entre esses dois sistemas, destaca-se que, enquanto o primeiro buscava, por meio de cotizações sociais, efetuar uma redistribuição de renda e cobrir colapsos econômicos, o segundo apresentava um viés mais universalista e incondicionado. Por não ser objeto do presente trabalho, deixaremos de desenvolver com mais vagar as suas variações.

²⁹ Para uma abordagem mais ampla, ver BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e JOSÉ PEDROSO, *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, op. cit., p. 03; ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, op. cit., p. 61/66; JORGE REIS NOVAIS, *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 33/44; JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p.179/199; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 69/70; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 12/16; JOSE CASALTA NABAIS, *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 100/103 e IVO DANTAS, *Constituição e Processo*, 2ª edição, Ed. Juruá, 2007, p. 47/58.

meramente formal entre os indivíduos³⁰.

Pouco a pouco, esses novos direitos sociais e econômicos que embrionariamente surgiram em expedientes normativos infraconstitucionais passaram a compor os dispositivos constitucionais de muitos países, no século XX, a exemplo da Constituição Italiana de 1947, da Constituição Portuguesa de 1976, da Constituição Espanhola de 1978 e da Constituição Brasileira de 1988, sem prejuízo do pioneirismo observado nas Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919³¹.

Dois importantes tratados sobre direitos humanos da Organização das Nações Unidas reforçaram essa nova concepção constitucional. São eles o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Por via de consequência, a positivação, constitucional e/ou infraconstitucional dos direitos sociais e econômicos, cria para o Estado novas atribuições³². As funções estatais não mais se encerram na sua abstenção ou, ocasionalmente, nos deveres de proteção. Há necessidade de regulação da economia e do oferecimento de bens e serviços à população, os quais serão sustentados pelos impostos e por outras fontes de receita.

Em busca do bem-estar social, verifica-se o surgimento de um novo ciclo constitucional³³. E com ele o protagonismo estatal na vida em sociedade exsurge.

³⁰ Merece destaque o discurso do Presidente Roosevelt proferido em janeiro de 1944. Nessa oportunidade, o Chefe do Governo americano defendeu a realização do chamado *Second Bill of Rights* e ressaltou a importância dos direitos sociais e econômicos, dentre os quais o direito ao trabalho, o direito à educação e o direito à assistência médica, para a formação de uma nação composta por homens que pudessem exercer efetivamente a sua liberdade. Segundo Roosevelt: “(...) This Republic had its beginning, and grew to its present strength, under the protection of certain inalienable political rights – among them the right of free speech, free press, free worship, trial by jury, freedom from unreasonable searches and seizures. They were our rights to life and liberty. As our nation has grown in size and stature, however – as our industrial economy expanded – these political rights proved inadequate to assure us equality in the pursuit of happiness. We have come to clear realization of the fact that true individual freedom cannot exist without economic security and independence. ‘Necessitous men are not free men’. People who are hungry and out of a job are the stuff of which dictatorships are made(...)”.

³¹ Apesar do ineditismo introduzido pelas Constituições do México e da Alemanha de 1917 e 1919, respectivamente, ao elencar dispositivos de caráter social, é necessário apontar que tais enunciados não alcançaram a efetividade social necessária para reestruturar e transformar as realidades vivenciadas em cada um desses países, durante as suas vigências.

³² Sem embargo do reforço promovido pela positivação dos direitos sociais em sede constitucional, não se está afirmando que as prestações de cunho social somente passam a ser oferecidas pelo Estado, a partir do seu acolhimento constitucional. Países como Alemanha e Estados Unidos não possuem um elenco individualizado de direitos fundamentais prestacionais em seu rol constitucional. Nem por isso deixam de assegurar aos seus cidadãos acesso a condições materiais que propiciam o seu livre desenvolvimento em maior grau do que observado em países como o Brasil, com vasto rol de direitos dessa natureza elencados em seu texto constitucional.

³³ Os doutrinadores FRANCISCO ALVIRA MARTÍN; JOSÉ GARCIA LÓPEZ e LUISA DELGADO (*Sociedad, Impuestos y Gasto Público – la perspectiva del contribuyente*, CIS, Madrid, 2000, p. 45/46) resumem

No plano da separação dos poderes, a hipertrofia do Executivo é visível. Essa nova perspectiva comprometeu significativamente a atuação legislativa. As novas e variadas funções estatais, as quais, muitas vezes, não podem ser estipuladas previamente e, de forma geral e abstrata pelo legislador, dificultam as atividades desempenhadas pelo Parlamento. O Legislador Ordinário passa, cada vez mais, a utilizar-se de estruturas indeterminadas, deixando para a Administração assumir o papel de realizá-las nos casos práticos, inclusive através de expedientes normativos próprios, “transformando o Governo em guardião do bem-estar³⁴”.

Para atender a esse novo papel desenvolvido pelo Estado, o orçamento público reconfigura-se. O Estado precisa estabelecer metas e planejar. E o orçamento pode contribuir, como eficiente ferramenta de administração.

Nesse contexto de rediscussão das teorias liberais e de busca de soluções para múltiplos e graves problemas econômicos, como o alto nível de desemprego, o economista britânico John Maynard Keynes apresentou uma nova abordagem sobre o tema. Para o autor, o orçamento público não pode ser concebido como mera peça estanque de previsão de receitas e despesas. Trata-se de um instrumento de política fiscal, à disposição do Estado, capaz de amenizar as disfunções econômicas que se apresentam, de forma cíclica, ao longo dos anos. O Poder Público, através de intervenções descritas na peça orçamental, poderia obter o equilíbrio financeiro em momentos de retração ou de expansão da economia³⁵.

De acordo com a doutrina *keynesiana*, em situações de crise econômica, o mercado tende a reduzir investimentos e empregos. Por sua vez, sem trabalho, os indivíduos deixam de consumir, produzindo consequências negativas na cadeia produtiva industrial. Por essa razão, segundo Keynes, se não houver intervenção no processo, a crise se aprofunda. Justamente para promover o equilíbrio da economia, através do seu aquecimento, o Estado não pode assumir uma posição de passividade. É necessário agir. Políticas de concessão de crédito e de subsídios podem ser úteis para a retomada da normalidade do mercado, ainda que o

a intenção dos países europeus ao implantarem a concepção de Estado de Bem-Estar Social em seus ordenamentos. Os autores concluíram que: “Em Europa, la derecha y la izquierda perfeccionaron los tres elementos básicos del Estado de Bienstar: universalismo de acceso a los servicios públicos, igualdad de los ciudadanos y seguridad social para todos. La idea era ofrecer uma crescente igualdad social sin la perdida de libertad individual de los países comunistas”.

³⁴ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juricidade*, Ed. Almedina, Coimbra, 2007, p. 30.

³⁵ O pensamento econômico exposto encontra-se assentado na obra de JOHN MAYNARD KEYNES, *Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda*, Ed. Relógio d’Água, Lisboa, 2010.

orçamento seja deficitário transitoriamente. De igual forma, em situações de crescimento artificial econômico, deve o Poder Público interceder para impedir uma crise sistêmica, tal como a observada em 1929, nos Estados Unidos, com reflexos mundiais. O plano financeiro do Estado, dessa feita, deve ser desenvolvido sob uma perspectiva conjuntural, de médio e longo prazo.

Sob a influência do pensamento *keynesiano*³⁶, a despesa pública possui efeito propulsor do consumo e do emprego. Trata-se de um instrumento de intervenção estatal acelerador da economia. Logo, o gasto público passa a apresentar vantagens, não vislumbradas anteriormente pela ideologia liberal³⁷.

No modelo de Estado Social, o paradigma de equilíbrio orçamentário desenvolvido no período liberal não é suficiente para coibir as anomalias provenientes do mercado e para o atendimento dos fins positivados nos ordenamentos jurídicos de cunho social. Para além de desempenhar o papel de controle político sobre os gastos públicos, o orçamento precisa expressar o plano de atuação governamental. Trata-se, na realidade, de uma cadeia interlaçada e complexa. O Poder Público tem novas tarefas a cumprir. Essas prestações são custosas. Para financiá-las são necessários recursos, os quais são obtidos, em sua maioria, através dos tributos. Quando se contribui menos, o Estado oferece menos. Nessa conformidade, o Estado não pode ser neutro. O Estado precisa participar de forma ativa nas relações econômicas e sociais. Para conseguir o seu intento, o Estado possui maior flexibilidade na gestão pública financeira, sendo-lhe admissível renunciar a um tributo, oferecer incentivos fiscais, deixar de cobrar um empréstimo, assumir um encargo que caberia a terceiro, dentre outras

³⁶ Sobre o intervencionismo *keynesiano* e os seus impactos na gestão financeira do Estado, ver MARIA D'OLIVEIRA MARTINS, *A Despesa Pública Justa, Uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça na despesa pública*, op. cit., p. 61/73; ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, *O keynesianismo e a contra-revolução monetarista*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 12 e p. 343/348; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 13 e p. 71/73; ANTÔNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. II, Ed. Almedina, Coimbra, 2001, p. 06/26; CESAR AUGUSTO SEIJAS DE ANDRADE, “Orçamento Deficitário”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1159/1177; SILVIO APARECIDO CREPALDI e GUILHERME SIMÕES CREPALDI, *Direito Financeiro, Teoria e Prática*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 12/13 e ALIOMAR BALEEIRO, *Uma introdução à Ciência das Finanças*, 16ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 401/420.

³⁷ O emprego do déficit público como ferramenta sistemática para impulsionar a economia no âmbito global, inclusive em tempos de crise, defendido por Keynes na década de 30 do século passado, teve os seus fundamentos teóricos desenvolvidos também por William Beveridge, na década de quarenta do século XX. Sobre a temática, ver NAZARÉ COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D'OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro, Noções Fundamentais*, 2ª Reimpressão, AAFDL Editora, Lisboa, 2016, p. 118/125.

possibilidades³⁸. E assim o faz para conter a inflação e os juros, para assegurar os empregos, para prestar serviços públicos, para fomentar a produção industrial e, por consequência, para incrementar as suas receitas. Com efeito, essa atuação positiva exige dinamismo e uma redefinição do papel desempenhado pela peça orçamental.

Se no Estado Liberal o orçamento é estático e prevê, tão somente, as despesas e as receitas públicas, no Estado Social a função do orçamento se intensifica para promover a estabilidade da economia. Se antes os recursos estatais destinavam-se ao atendimento das necessidades primárias do Poder Público, agora, as tarefas governamentais se ampliam para fins de promoção da igualdade material. Nesse diapasão, se o setor público era reduzido no modelo liberal, no social o incremento da burocracia é notório. Se na doutrina liberal, o Estado ocupava um papel de mero espectador e a economia não sofria qualquer tipo de interferência pública, no *Welfare State* essa intervenção ocorre diretamente, com o propósito de atenuar os efeitos gerados em momentos cíclicos de crise³⁹.

É válido frisar que a aceitação da teoria concebida por Keynes foi facilitada, na primeira metade do século XX, muito em razão das circunstâncias históricas. Nos Estados Unidos, as políticas introduzidas pelo *New Deal*, embora não isentas de críticas, permitiram um novo olhar sobre os efeitos sociais produzidos pelo incremento dos gastos públicos do Governo. Na Europa, os altos impostos gerados pelas duas Guerras Mundiais também possibilitaram uma aceitação menos traumática em relação aos custos decorrentes do advento do Estado Previdência.

Se por um lado a recepção das teses *keynesianas* foi facilitada pela conjuntura social e econômica vivenciada à época, por outro, os seus efeitos não puderam deixar de serem sentidos, com o passar dos anos. Além da transformação do orçamento e do aumento do déficit público, o Estado também teve que rever a sua estrutura. Como passou a executar prestações que antes competiam aos cidadãos e ao mercado, o Poder Público precisou se

³⁸ De acordo com a doutrinadora lusitana MARIA D'OLIVEIRA MARTINS (*A Despesa Pública Justa, Uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça na despesa pública*, op. cit., p. 64), o pensamento *keynesiano* não contém uma fórmula única para definir as novas funções do Estado. Ao contrário. O agir estatal detém maior liberdade, para que as autoridades consigam posicionar-se conforme as flutuações cíclicas da economia. Segundo a autora, após a teoria de Keynes, a despesa pública deixa de ser concebida como um mal e passa a ser configurada como um instrumento político, capaz de promover investimentos na economia, suprimindo eventuais falhas ou desaquescimentos no mercado privado.

³⁹ Ao tratar das modalidades de intervenção econômica estatal, ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO (*Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, op. cit., p. 61/62) a subdivide entre intervenção *stricto sensu* e dirigismo. Conforme o doutrinador, enquanto no primeiro caso, o Estado procura corrigir equívocos produzidos pelo mercado, no dirigismo estatal o Poder Público age mais diretamente, na medida em que conduz a economia e condiciona a iniciativa privada.

readequar. Novas e maiores instalações, nas mais diversas áreas, foram adquiridas. Servidores foram contratados. Os custos de manutenção introduzidos por essa nova logística cresceram. Isso porque não se muda uma concepção de Estado sem que se alterem os instrumentos que o operacionalizam.

1.1.4 A crise do Estado Social e os desafios orçamentários

De fato, com o decorrer do tempo, os efeitos colaterais do modelo social proposto começaram a serem percebidos. Dentre eles, pode-se destacar o desequilíbrio entre as despesas e as receitas públicas favorecendo o crescimento da dívida pública; o aumento exponencial dos custos para o financiamento das prestações estatais de cunho social, inclusive acarretado pelas mutações tecnológicas com significativos impactos nos dispêndios públicos; o incremento do funcionalismo e da burocracia, o envelhecimento populacional e as consequentes despesas sociais atreladas; as alterações demográficas; a falta de eficiência na gestão pública e a corrupção⁴⁰.

Era o prenúncio da crise do Estado de Bem-Estar Social⁴¹. O êxito da intervenção estatal nas relações econômicas, o modelo orçamentário *keynesiano* e a própria concepção de justiça distributiva alcançada através de ações governamentais começaram a ser objeto de debate. A manutenção do Estado Social passou a ser questionada, inclusive e principalmente por adeptos da ideologia neoliberal.

O neoliberalismo surgiu após a Segunda Guerra Mundial. A escola neoliberal se fortaleceu ainda mais com a crise do Estado Social. Seus defensores propõem o retorno, com

⁴⁰ Para um estudo mais específico sobre as causas que ensejaram a crise do Estado Social, ver: BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e JOSÉ PEDROSO, *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, op. cit. p. 05/06; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 131/139; EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, Ed. Almedina, São Paulo, 2015, p. 117/120; JOSE CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, op. cit., p. 100/101, JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 14/15 e JAMES O'CONNOR, *USA: A crise do Estado Capitalista*, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1977, p. 310/316.

⁴¹ Não se pode deixar de registrar que, nos países latino-americanos, a exemplo do Brasil, os objetivos de igualdade material e de bem-estar social, propostos pelo modelo de Estado Social, jamais chegaram a ser efetivamente implantados. Segundo dados do ano de 2002, produzidos pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL e reproduzidos por LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (*Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos, Reserva do Possível*, Vol. I, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2010, p. 120) 63,4% (sessenta e três vírgula quatro por cento) da população desses países encontram-se na condição de pobres ou indigentes.

ajustes, às ideologias liberais do passado⁴². Nessa conformidade, a doutrina prega a contenção da carga fiscal do Estado, através da promoção de privatizações e desregulações, a limitação dos gastos públicos e a diminuição de novas contratações, evitando o incremento da burocracia estatal. A palavra de ordem é austeridade. Em prol do equilíbrio orçamental e da estabilidade fiscal, a iniciativa privada deve abrir-se para o mercado internacional, sem intervenções e/ou dirigismo estatal e permitir o protagonismo de grandes e globalizados conglomerados econômicos.

Em meados das décadas de 70 e 80 do século passado, diversos países, dentre eles a Inglaterra e os Estados Unidos, enfrentaram intensas recessões financeiras, provocadas por crises do mercado petrolífero, baixas taxas de crescimento econômico e altos índices inflacionários. Para coibi-los, as ideias neoliberais foram colocadas em prática, em ambas as localidades, sob o comando de Margaret Thatcher e Ronald Reagan⁴³, respectivamente.

Ainda em oposição ao intervencionismo estatal desenvolveu-se, a partir da década de 50 do século XX, uma linha de pensamento chamada *Public Choice*, também denominada de Teoria da Escolha Pública. Trata-se de uma teoria crítica ao modelo econômico caracterizado pelo dirigismo estatal, defendido por Keynes e seus seguidores. Os estudos desenvolvidos

⁴² Entre os pioneiros do pensamento neoliberal destaca-se FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK (*O Caminho da Servidão*, 6ª edição, Ed. MisesBrasil, São Paulo, 2010, p. 43/44). O teórico que influenciou pensadores de gerações futuras sustenta que a justiça social é utópica e promove o cometimento de ações estatais autoritárias que interferem, artificialmente, nas relações sociais e de mercado, constituindo o caminho para a servidão. Em meados da década de quarenta do século passado, quando avaliou a política *laissez-faire* desenvolvida anteriormente, no século XIX, Hayek entendeu pela necessidade de reparos, sem que esses ajustes retirassem o acerto das proposições defendidas pela ideologia liberal. Segundo o autor: “nenhum espírito sensato teria duvidado de que as regras primitivas nas quais foram expressos os princípios da política econômica, do século XIX, eram apenas o começo, de que ainda tínhamos muito a aprender e de que havia ainda imensas possibilidades de progresso no caminho que vínhamos seguindo. Muitas eram as tarefas evidentes como o aperfeiçoamento do sistema monetário e a prevenção ou o controle do monopólio. (...) Pode-se mesmo dizer que o próprio sucesso do liberalismo tornou-se a causa do seu declínio. Devido ao êxito já alcançado, o homem se foi mostrando cada vez menos disposto a tolerar os males ainda existentes, que a essa altura lhe pareciam insuportáveis e desnecessários”. Outros defensores da ideologia neoliberal são o casal americano MILTON FRIEDMAN e ROSE FRIEDMAN (*Livre para Escolher*, Ed. Record, São Paulo, 2015). Opositor ferrenho à intervenção estatal na economia, para Milton Friedman, a liberdade econômica não pode ser limitada pela política. O Estado deve ater-se às suas necessidades primárias. Seu papel restringe-se ao combate à violência, à promoção da Justiça, à manutenção de instituições públicas essenciais, bem como à proteção de pessoas que não possam se responsabilizar por si. O conceito de igualdade deve restringir-se ao direito de liberdade para todos. Para o defensor da corrente ideológica neoliberal, o Estado não deve ir além. Afinal, os seres humanos diferem entre si. E as diferenças entre os indivíduos decorrem de inúmeras variáveis, inclusive de caráter pessoal, tais como diferentes níveis de habilidades, oportunidades e esforços pessoais. A cada um deve ser assegurada a máxima liberdade para utilizar-se desse direito como melhor aprouver. Logo, a decisão sobre o que é justo não compete ao Estado. O combate à pobreza deve ser feito por intervenções privadas, baseadas na caridade e na solidariedade entre os cidadãos. Milton Friedman contrapôs-se publicamente às intervenções econômicas estabelecidas pelo *New Deal*, proposto pelo Presidente americano Franklin D. Roosevelt.

⁴³ O Presidente Ronald Reagan teve como conselheiro econômico o teórico neoliberal Milton Friedman.

pela *Public Choice* analisam a relação da economia com o mercado, com o sistema eleitoral, com a burocracia estatal, com os políticos e com a política. O foco da teoria recai essencialmente sobre a escolha pública, sobre a avaliação dos equívocos sistêmicos e governamentais e nos múltiplos fatores que interferem no processo de tomada de decisão, inclusive no que diz respeito à ação humana individual. Sustentam que o comportamento dos indivíduos e das instituições é direcionado para fomentar certos resultados, mas que isso nem sempre ocorre em benefício do interesse público, haja vista a frequente possibilidade de cooptação dos agentes políticos pelos grupos de interesse mais bem estruturados. Essas agremiações que se aglutinam em torno de objetivos específicos (que não se restringem a agrupamentos de categorias econômicas, estendendo-se para qualquer forma de agregação em prol de um interesse comum que possa ser articulada entre os indivíduos, seja de substrato econômico, religioso ou ideológico) são capazes de direcionar as escolhas estatais a ponto de favorecer exclusivamente os seus interesses de grupo, produzindo, em muitos casos, uma *menos-valia* social. Um jogo de soma zero, ou mesmo de resultado negativo, no qual os recursos sociais afluem e se concentram nos grupos de interesse bem sucedidos. Em vista disso, a arquitetura institucional e normativa deve ser construída levando em consideração a existência dos grupos de interesse e sua potencial capacidade de influir no processo decisório, o que redundará em: a) uma postura cética com relação ao intervencionismo estatal, b) limitação da ação estatal aos grandes temas da organização social e ao controle de sua implementação, evitando-se o dirigismo absorvente de todos os aspectos da vida econômica, c) ênfase na capacidade autorregulatória dos mercados.

As ideias sustentadas no âmbito da escola da *Public Choice* lastreiam-se na premissa analítica denominada *individualismo metodológico*, suportado pela concepção de *ação racional* de origem weberiana e consagrada na escola econômica neoclássica. O individualismo metodológico concebe a ação humana como orientada para a satisfação de preferências pessoais e sustenta, ainda, que o paradigma metodológico a ser utilizado em todas as ciências humanas é o individual, e não o coletivo. Ou seja, é da análise da conduta individual, e da forma como surge o processo decisório individual que conduz à ação, que devem evoluir as ciências humanas. Rejeita-se qualquer visão metodológica coletivista, que implique em ter como paradigma analítico alguma consciência coletiva, consciência de classe, ou algo parecido.

Essa opção metodológica, segundo a qual os seres humanos dirigem suas condutas

para a satisfação de suas preferências pessoais racionalmente selecionadas – sendo racional, igualmente, a seleção dos meios aptos a satisfazerem essas preferências – aplica-se tanto no campo da economia, quanto no da política e em qualquer outro campo no qual esteja envolvida a tomada de decisão por pessoas. Nessa conformidade, para os adeptos da escola da *Public Choice*, o político age da mesma maneira que os demais seres humanos, privilegiando a satisfação de suas preferências pessoais – sendo a mais destacada o desejo de permanecer no poder – e, portanto, é passível de erros e abusos em seu processo decisório. Nessa conformidade, é recomendável que o sistema disponha de mecanismos que limitem a tomada das decisões políticas governamentais com repercussão econômica desprovidas de racionalidade e motivação. Para tanto, a teoria entende ser indispensável investigar os motivos que conduzem as decisões dos agentes econômicos e dos gestores públicos⁴⁴.

Por sua vez, há quem sinalize para os perigos de se resgatar ideologias baseadas na desregulação estatal no campo das políticas sociais e econômicas, na medida em que pode

⁴⁴ Dentre os seus teóricos, merece destaque JAMES BUCHANAN (*Custo e Escolha: uma indagação em teoria econômica*, Ed. Inconfidentes/Instituto Liberal, São Paulo, 1993; *The limits of liberty. Between anarchy and Leviathan*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1975 e *Public Choice: Politics without romance*. Disponível em: <<http://www.montana.edu/hfretwell/documents/buchananpublicchoice.pdf>>. Acesso em: 07.04.2018). O ganhador do Prêmio Nobel de Economia sustenta que as relações políticas e econômicas precisam ser avaliadas sob uma perspectiva realista e não apenas no plano ideal. Logo, a análise da política deve ser feita sem romance. A natureza humana precisa ser compreendida de maneira franca, bem como a repercussão dos comportamentos individuais na esfera política e econômica. Para o doutrinador, nem sempre os políticos buscam a melhoria na qualidade de vida das pessoas. Por esse motivo, revela-se fundamental avaliar todos os fenômenos que interferem no processo das escolhas públicas. A partir dessa concepção, conclui que os economistas e os políticos têm objetivos nem sempre coincidentes. O primeiro busca a eficiência nos gastos e o segundo almeja a sua manutenção no poder, podendo para tal intento, se comprometer ou não com escolhas que envolvam a economicidade das despesas públicas. Não por acaso os dispêndios e a burocracia estatais crescem vertiginosamente, sem correlação direta com os resultados produzidos à sociedade, transformando o financiamento da máquina pública em prática altamente custosa e a sua gestão menos eficiente do que ocorre com a empresa privada. Nesse sentido, defende o saneamento dessa distorção sistêmica. O custo público subsidiado individualmente deve ser proporcional aos benefícios aferidos por cada um dos cidadãos. Para o seu correto funcionamento, o sistema precisa contemplar ferramentas que evitem o fracasso nas escolhas governamentais e a gestão financeira do Estado deve ser pautada pela austeridade fiscal, em prol do equilíbrio orçamentário. Ainda sobre a teoria da *Public Choice*, ver NAZARÉ DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D'OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro. Noções Fundamentais*, op. cit., p.360/378; ANTÔNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, op. cit., p. 84/86; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 15/16 e MARCO ANTONIO DIAS, *James Buchanan e a 'política' na escolha pública*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/14047/10349>>. Acesso em: 05.04.2018. Com afinidade à Teoria da *Public Choice*, mas com contornos próprios e mais direcionados à economia, destaca-se o doutrinador pertencente à escola neoclássica, GARY S. BECKER (*A theory of Competition among pressure groups for political influence*, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, nº3, Oxford University Press, Oxford, Aug.1983, p. 371/400). Sustentando que a Teoria da Escolha Pública não se amolda a qualquer posicionamento de caráter ideológico, nem mesmo o de cunho neoliberal, destaca-se PAULO TRIGO PEREIRA, *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal*. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1221841484T5sAW2pw7Dh10FX8.pdf>>. Acesso em: 07.03.2018.

ensejar comprometimento dos avanços já obtidos⁴⁵. Segundo seus entendimentos, a extinção do Estado Social provocaria efeitos nefastos, principalmente aos mais vulneráveis. E, embora se reconheça a necessidade de readequação do modelo de cunho social, esse processo deveria ser feito com cautela, mantendo-se a intervenção prestacional do Estado, com base nos valores de solidariedade social, em prol, essencialmente, dos cidadãos que estivessem em real situação de hipossuficiência.

Sem adentrar no mérito a respeito dos acertos e desacertos de cada uma dessas concepções político-econômicas, o que fugiria ao tema proposto na presente investigação, observa-se que a conjunção política, social e econômica vivenciada, nos países ocidentais, no final do século XX e no início do século XXI propiciou novas discussões também no âmbito orçamentário. No debate contemporâneo do orçamento público outros fatores históricos, até então não mencionados e nem por isso menos relevantes, devem ser considerados.

O fenômeno da globalização deu ensejo a uma verdadeira concorrência fiscal entre os Estados. Para vencer essa competição, os Estados concedem benefícios tributários às empresas, com o objetivo de que as suas instalações produzam renda e emprego, apesar da redução ou isenção fiscal que lhes é ofertada. O poder de barganha dos grupos econômicos aumenta consideravelmente em prejuízo dos Estados, que se veem reféns de conglomerados empresariais que passam a ter poder para influenciar a política, os políticos e as suas ordens

⁴⁵ Nessa conformidade, JOSÉ CASALTA NABAIS (*Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, op. cit. p. 101) entende que: “não se vislumbra como o Estado Social possa ser desmantelado sem graves convulsões e, por outro, é presentemente de todo insustentável manter a sua actual configuração. Daí que tudo conduza à exigência da sua autocontenção de modo a dispor duma dimensão limitada e assim não pôr em causa o Estado de direito em que naturalmente se-há de conter”. Ver ainda NORBERTO BOBBIO, *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*, 6ª edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1997, p. 120/121. Para PIERRE SALAMA (*Para uma nova compreensão da crise. Pós-neoliberalismo, 1ª reimpressão*, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1995, p. 53/54), os referenciais introduzidos pela corrente neoliberal produzem efeitos nefastos nas poucas conquistas sociais obtidas, no Brasil. O autor sustenta ser eticamente inaceitável conviver em uma sociedade com acentuadas desigualdades na distribuição de renda entre pobres e ricos e, principalmente, entre os próprios pobres. Outro não é o entendimento de JESSE SOUZA (*A elite do atraso. Da escravidão à Lava Jato*, Ed. Leya, Rio de Janeiro, 2017, p. 162/163). Para o sociólogo, o domínio do capitalismo financeiro de ideologia não intervencionista, faz com que o Estado fiscal brasileiro, baseado na construção de uma sociedade livre e solidária, caia por terra. Em seu entendimento, os novos capitalistas financeiros detêm poderes para chantagearem a política e o Estado. Um único fundo pode retirar investimentos de grande monta e aplicá-los em outro estado, ou até mesmo em outra nação, de uma só vez. O poder de barganha dos ideais contrários aos sustentados pelo Estado Social faz com que grupos econômicos possam se dar ao luxo de violar o pacto democrático de que quem ganha mais deve pagar mais. A partir dessa nova concepção estatal e dentro desse espírito do capitalismo que se consolidou no país, a riqueza social passa a ser concentrada de forma absolutamente desigual. Os ricos cada vez mais ricos deixam de pagar impostos por meio de técnicas legais e ilegais e o Estado acaba tendo que pedir emprestado vultosas quantias que lhe eram devidas, por direito. A respeito das tendências internacionais em relação ao orçamento contemporâneo, ver NAZARE DA COSTA CABRAL, “*Orçamento Público e Programação: tendências internacionais e implicações sobre o caso português*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coord.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 619/655.

constitucionais.

O problema é que o Estado se mantém, prioritariamente, das receitas provenientes das arrecadações tributárias. A consequência é que a carga fiscal passa a ser excessiva principalmente sobre os rendimentos do trabalho, sobrecarregando as classes média e baixa, bem como os micros e pequenos empresários. Com menos renda, as pessoas dependem ainda mais dos serviços públicos essenciais, os quais, por sua vez, precisam de receitas para ser financiados. Uma relação cíclica que produz efeitos colaterais. Uma decisão política difícil de ser tomada, com impactos sociais e econômicos que interferem diretamente nos gastos públicos orçamentários.

Ademais, a globalização traz novas modalidades de marginalização social em decorrência de múltiplos fatores, como etnia, credo e nacionalidade, os quais produzem impactos diretos nas relações sociais e econômicas, inclusive de natureza empregatícia. Excluídas e estigmatizadas, muitas dessas pessoas encontram no mercado informal de trabalho a única opção de sobrevivência. No entanto, a ausência de formalização nas relações laborativas interfere diretamente na arrecadação tributária do Estado. Como dito acima, o Estado fiscal é subsidiado, em grande parte, pelos rendimentos decorrentes do trabalho⁴⁶. Com recursos mais escassos, o Poder Público oferece menos. E são as vítimas dessa desintegração social quem mais sofrem no processo de competição global.

Outro fenômeno que não pode ser ignorado é a interferência internacional nas políticas fiscais dos países, dependentes de auxílios financeiros, por entes transnacionais, a exemplo do Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e da União Econômica e Monetária. Para caucionar o pagamento dos empréstimos contraídos, os países precisam se comprometer com o cumprimento de metas fiscais, o que reduz, significativamente, as suas capacidades financeiras para a concretização de políticas públicas de cunho social. Com isso, a globalização fiscal altera significativamente a gestão governamental e modifica a estrutura do próprio sistema constitucional dessas nações, os seus atores principais e as regras do jogo⁴⁷.

⁴⁶ Fenômeno denominado de “apartheid fiscal” pelo doutrinador JOSÉ CASALTA NABAIS, “*Da sustentabilidade do Estado Fiscal*”. In José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva (Coords.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011, p. 36/40. Sobre as ameaças produzidas pela globalização financeira, ver EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 11ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, p. 51/55; EROS ROBERTO GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, 6ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 270/275; JOSE EDUARDO FARIA, *Direito e Globalização Econômica, Implicações e Perspectivas*, Malheiros Ed., São Paulo, 1996, p. 11/12 e IVO DANTAS, *Constituição e Processo*, op. cit., p. 54/58.

⁴⁷ Ao comentar o fenômeno, ABILI LÁZARO CASTRO DE LIMA (*Globalização econômica, política*

Nesse quadro, as nações se deparam com desafios de grande monta, porque precisam conviver com problemas de conjuntura global, ao mesmo tempo em que devem zelar pelas suas soberanias e pela sustentabilidade das suas finanças públicas, as quais precisam de credibilidade e de consistência temporal⁴⁸. Assim, analisar o orçamento e suas novas funcionalidades revela-se imprescindível para o enfrentamento dos desafios do mundo moderno.

1.2 O orçamento público e as suas novas funcionalidades

Independentemente da ideologia liberal ou social, não se pode olvidar que a mera existência do Estado acarreta custos financeiros. Contudo, o Estado de Bem-Estar Social recepcionado em muitos países, no século XX, hipertrofiou as tarefas governamentais e, conseqüentemente, os gastos públicos.

Atrelados aos novos deveres e despesas governamentais, muitas vezes delimitados nos textos constitucionais e/ou infraconstitucionais, os Estados precisam conviver, ainda, com externalidades imprevisíveis. As flutuações cíclicas na economia de mercado e suas conseqüências; o terrorismo e as questões afetas à segurança; desastres; epidemias; imigrações massivas; mudanças tecnológicas e os impactos desses acontecimentos no sistema

e direito. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico, Sergio Antônio Fabris Ed., Porto Alegre, 2002, p. 216/219) ressaltou que o Banco Mundial, em meados da década de 80, do século passado, concedia empréstimos mediante “ajustes estruturais”, consubstanciados por padrões de austeridade fiscal e maior abertura da economia ao setor privado. Assim também LUIS FLÁVIO GOMES e RODOLFO LUIS VIGO, *Do Estudo do Direito Constitucional e Transnacional: Riscos e Precauções. (Navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça)*, Ed. Premier Máxima, São Paulo, 2008, p. 145/148. Analisando o fenômeno contemporaneamente, em território europeu, ver JOSÉ CASALTA NABAIS, (“*Da sustentabilidade do Estado Fiscal*”. In *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, op. cit., p.32) que aponta que os países da União Europeia que integram a União Econômica e Monetária (UEM), submetidos ao Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC), agora estão sujeitos a rigorosos limites no que se refere ao déficit público e à dívida pública. Se ultrapassarem os limites legais fixados do Produto Interno Bruto - PIB é prevista a possibilidade de instauração de um Procedimento por Défices Excessivos. No entanto, o doutrinador lusitano ressalta que no momento em que a violação do Pacto deu-se pelos grandes países, a exemplo da Alemanha e da França, procedeu-se uma maior flexibilização do acordo referido, diferentemente do que ocorreu aos países menores, a exemplo de Portugal. Sobre os impactos ao sistema constitucional do estado português ver, ainda, RUI MEDEIROS, “*A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional*”, In Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014, p. 265/288 e JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2016, p. 173/199.

⁴⁸ Cf. NAZARE DA COSTA CABRAL, *Orçamento Público e programação: tendências internacionais e implicações sobre o caso português*, op. cit., p. 628/629 e EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 56/57. Tratando da dimensão intertemporal das decisões político-financeiras, ver NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *Programação e Decisão Orçamental. Da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade econômica*, Ed. Almedina, Coimbra, 2008.

social e de saúde. Não seria incorreto afirmar que o Estado precisa ter finanças sólidas para cumprir com os deveres de proteção e promoção a que está obrigado, mas também para custear situações fortuitas, não raras vezes, de caráter emergencial. O Estado não pode desconsiderar que as suas decisões políticas, econômicas e sociais devem produzir estabilidade a médio e longo prazos, a fim de que sejam sustentáveis no âmbito intergeracional. Assim, percebe-se que o orçamento público não pode se limitar a uma função estática, de mera previsão de despesas e receitas públicas. O orçamento precisa servir ao Estado e às contingências de um mundo globalizado e complexo.

A compreensão dessa gama de atividades conduziu os financistas a utilizarem o orçamento como ferramenta facilitadora para o atendimento de múltiplas finalidades estatais. Um instrumento com funcionalidades política, econômica, técnica e jurídica, que agrega diversos ajustamentos no campo da alocação de recursos, com reflexos na distribuição de rendas e de riquezas e com desdobramentos na estabilidade econômica de um país⁴⁹.

Como instrumento político o orçamento desempenha a sua função originária e essencial de controle de poder. Porém, diante de todas as variáveis que o circundam não se trata mais de um controle estanque, meramente contábil. Ao analisar o plano governamental encaminhado pela Administração Pública, o Poder Legislativo decidirá se assente ou não com o seu direcionamento. É o momento em que, na condição de representantes da sociedade, os edis avaliam se os interesses dos diversos segmentos sociais, inclusive os minoritários, estão sendo contemplados. Com efeito, considerando que os interesses são muitos e as possibilidades financeiras são restritas, constitui o Parlamento o local democraticamente adequado para a promoção desses debates e para a conciliação dos interesses divergentes. A análise do orçamento pelo Parlamento é fundamental, ainda, para que se verifique se as metas a serem alcançadas respeitam os objetivos constitucionais, se são factíveis, se as dotações orçamentárias são suficientes para o atendimento dos fins pretendidos, se há fixação arbitrária

⁴⁹ Cf. RICHARD ABEL MUSGRAVE, *Teoria das finanças públicas: um estudo da economia governamental*, 1º volume, 2ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 1976, p. 25/26. A respeito das funcionalidades orçamentárias, ver, também RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 65/77; SERGIO MENDES, *Administração Financeira e Orçamentária. Teoria e Questões*, 6ª edição, Ed. Método, São Paulo, 2016, p. 03/05; CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*, op. cit., p. 52/53; AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF. Teoria e Questões*, 5ª edição, Ed. Método, São Paulo, 2015, p. 01/10; EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 117/132; J. R. CALDAS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, 47/51; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 59/61 e SILVIO APARECIDO CRIPALDI e GUILHERME SIMÕES CRIPALDI, *Direito Financeiro. Teoria e Prática*, op. cit., p. 25/27.

de tributos e se há sustentabilidade fiscal.

Sob a perspectiva econômica, o orçamento reflete as atividades financeiras do Estado. Retrata, em grande medida, a realidade da economia e o volume de recursos a serem disponibilizados pelo Poder Público, durante o exercício financeiro. Em seu bojo são descritos os ônus tributários repassados à população, as receitas angariadas e os gastos públicos a serem realizados para o cumprimento das tarefas estatais assumidas. Em suma, o orçamento reflete as decisões a respeito dos dispêndios públicos tomadas pelos gestores, bem como o tamanho do Estado que se pretende gerir.

Nessa seara, o orçamento pode servir para organizar as ações empreendidas pelo Governo para fomentar o crescimento econômico e para combater a inflação e o desemprego. Ademais, a peça financeira tem serventia para estabelecer a forma de distribuição da renda nacional. É no bojo do orçamento que será possível constatar se o Poder Público contemplou o princípio da igualdade material e da justiça orçamental. Se o Estado entendeu por bem conceder os serviços públicos a todos, mesmo que não tenham as mesmas necessidades, bem como cobrar dos cidadãos, indistintamente, igual carga fiscal, apesar de nem todos possuírem a mesma capacidade contributiva. Logo, as informações econômicas contidas no orçamento são de alta relevância, na medida em que permite saber como as receitas serão aferidas e onde serão alocadas. Possibilita identificar as escolhas do Governo e as suas prioridades.

É claro que a depender da ideologia vigente, o Estado intervirá mais ou menos na economia. A questão é que nem sempre a realidade corresponde às concepções ideológicas literalmente definidas no arcabouço jurídico de um país. Nesse sentido, o orçamento constitui uma ferramenta útil para verificar, em concreto, qual é a ideologia preponderante no sistema constitucional de uma nação. A efetividade de uma concepção social de Estado, como a adotada pela Constituição Federal de 1988, somente será sentida pela população se as atividades governamentais relacionadas à igualdade material e à justiça retributiva estiverem, de fato, contempladas na peça orçamental. Afinal, o gozo dos direitos sociais, em seu caráter prestacional, não é economicamente indiferente⁵⁰.

Metaforicamente, pode-se conceber o orçamento como um termômetro, capaz de demonstrar a saúde financeira de um ente estatal. Um instrumento que possibilita aferir a

⁵⁰ Cf. STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, *El costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2001, p. 35/48. Sobre o tema, ver ainda e JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, op. cit. p. 115/122 e LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, *Crítica à teoria dos Custos dos Direitos*, op. cit., p. 198/214.

forma com que o Estado está sendo gerido, se o ordenamento jurídico vigente possui coerência sistêmica e se as propostas governamentais divulgadas aos cidadãos em tempos eleitorais estão sendo colocadas em prática.

Para além das funcionalidades política e econômica, o orçamento possui, ainda, funcionalidade técnica, capaz de proporcionar maior objetividade numérica à função administrativa, em benefício de uma gestão mais eficiente e baseada em boas práticas⁵¹. Ao se descrever minuciosamente o que fazer; como fazer; onde fazer; em qual prazo e com que recursos e custos, a Administração Pública dispõe de um útil instrumento de planejamento, que também serve de parâmetro para as etapas seguintes do ciclo orçamental, quais sejam as fases de execução, de avaliação e de controle. Dentro dessa concepção estratégica, as ações governamentais poderão ser programadas a curto, médio e longo prazos e os resultados parciais e definitivos poderão servir de apoio para a correção das insuficiências e para aprimorar a capacidade do Governo em atender com maior eficiência os deveres que lhe são imputados.

Por fim, o orçamento tem funcionalidade jurídica. As peças orçamentais podem ser consideradas como engrenagens de um sistema jurídico, o qual clama por unidade e coerência. Portanto, devem atender aos comandos constitucionais e legais que dele façam parte. Ademais, o orçamento público em si corresponde a um conjunto de regras e princípios jurídicos que precisam ser observados para que gastos públicos sejam realizados pelo Governo.

Contudo, o ponto de vista jurídico traz, sem dúvidas, muitas indagações doutrinárias: Quais seriam o conteúdo e o alcance das peças orçamentárias? O orçamento pode ser concebido como estatuto meramente autorizativo ou possui caráter impositivo? Há possibilidade de serem extraídos direitos subjetivos dos comandos contidos em seu bojo? Tais questões, no ordenamento jurídico brasileiro, serão objeto de análise em momento oportuno no presente trabalho. Por ora, é válido registrar que o orçamento produz efeitos nas relações jurídicas firmadas pelo Poder Público, uma vez que os gastos públicos e os adimplementos dos compromissos assumidos em decorrência de lei e de contratos dependem da sua existência. Dessa feita, a evolução dos tempos transformou o orçamento clássico ou tradicional. A sua antiga configuração não mais atende às profundas modificações pelas quais

⁵¹ Cf. NATÁLIA PIRES DE VASCONCELOS, *O Supremo Tribunal Federal e o orçamento: uma análise do controle concentrado de leis orçamentárias*. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2010 e MANOEL CAVALCANTE DE LIMA NETO, VICTOR HUGO LESSA PIERRE e CARLOS EUGÊNIO SILVA DA COSTA, *Judicialização do orçamento brasileiro: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos*, Revista Jurídica, vol. 02, Curitiba, 2017, p. 223/250.

passaram os Estados Modernos. O orçamento não pode se limitar a prever, contabilmente, as receitas e as despesas públicas. É preciso ir além. O orçamento pode e deve ser útil ao Estado. Para tanto, o orçamento tem que refletir os cenários almejados pelo Poder Público, a curto, médio e longo prazos. E as escolhas alocativas precisam ser compatíveis e suficientemente adequadas para o alcance dessas metas governamentais.

Em síntese, para cumprir tal mister, não se pode falar em orçamento público sem planejamento governamental, nem de planejamento governamental sem orçamento público⁵². Os dois institutos estão intrinsecamente relacionados. Um olhar cuidadoso sobre o orçamento permite antever os direitos que serão assegurados aos cidadãos em um futuro próximo, bem como o legado a ser deixado para as próximas gerações. Contudo, se planejar e orçar constituem tarefas árduas nos tempos atuais, suscetíveis a múltiplas transformações, muitas de caráter inesperado e complexo, não há caminho alternativo que se mostre mais exitoso, nem constitucionalmente mais adequado, como se abordará nos capítulos seguintes. No momento, prossegue-se com a investigação histórica, agora, com foco no caminho percorrido pelo orçamento público nas Constituições brasileiras.

1.3 O orçamento público nas Constituições do Brasil

As finanças públicas brasileiras começaram a se organizar com a chegada da família real ao Brasil. Em data de 22 de janeiro de 1808, D. João VI e partes da corte chegam à Colônia, mais precisamente na cidade de Salvador, na Capitania da Baía de Todos os Santos, sob a regência do Governador João de Saldanha da Gama. Uma das primeiras providências reais adotadas foi a promulgação da abertura dos portos às nações amigas de Portugal, em 28 de janeiro de 1808. A abertura dos portos constituiu uma medida necessária para facilitar o acesso a produtos estrangeiros pela família real e pela sua corte. Em razão de Portugal encontrar-se ocupado pela França, a liberação portuária visou desburocratizar a circulação dos produtos importados e exportados, em contraponto ao que ocorria anteriormente, pois nada era comercializado na colônia, sem antes passar pelos portos portugueses.

⁵² Cf. CESAR AUGUSTO ALCKMIN JACOB, *A Reserva do Possível: Obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba*, op. cit., p. 241. Assim também J. R. CALDAS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., p. 51/53 e RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 77. Para esse doutrinador, o Estado Orçamentário que dispõe sobre a receita fiscal e patrimonial, determina a realização de deveres prestacionais estatais e conduz o desenvolvimento econômico de uma nação somente pode ser denominado de Estado de Planejamento.

A abertura portuária trouxe, portanto, a necessidade de se regulamentar o comércio aduaneiro, inclusive, no que diz respeito à arrecadação tributária. Dessa feita, para que os tributos fossem coletados e repassados à família real, instituiu-se, em 11 de março de 1808, o denominado Erário Régio ou Tesouro Real⁵³. Em 12 de outubro de 1808 foi criada a primeira instituição financeira em solo brasileiro. O Banco do Brasil⁵⁴ recepcionaria o erário real, mas também tinha como objetivo financiar a abertura de empresas manufatureiras, fomentando a economia local e, por via de consequência, a arrecadação da Coroa.

Em 1824, dois anos após o Brasil se tornar independente de Portugal, D. Pedro I promulgou a primeira Constituição do Império. A Carta Constitucional de 1824 foi concebida por influência da ideologia liberal. Em seu conteúdo, foram assegurados os clássicos direitos de defesa, para fins de tutela da liberdade, propriedade e segurança e, apesar de recepcionar a doutrina *laissez-faire*, é válido destacar que a Constituição de 1824 contemplou o direito à instrução primária gratuita⁵⁵.

No que diz respeito ao orçamento público, o instituto seguiu os rumos do liberalismo econômico. Influenciado pelo ambiente político internacional e pela doutrina orçamentária em desenvolvimento nos países europeus e nos Estados Unidos, a Carta de 1824 concedeu à peça orçamental o mesmo tratamento, recepcionando-a como documento estanque de previsão de despesas e receitas públicas, em busca do equilíbrio meramente contábil entre os recursos e os gastos públicos. Em seu texto, disciplinou-se o princípio da anualidade orçamentária⁵⁶ e a necessidade de a peça orçamental ser apresentada pelo Ministro de Estado da Fazenda à Assembleia Geral⁵⁷.

O primeiro orçamento nacional a respeitar os dispositivos constitucionais foi

⁵³ Sobre o tema ver ANA CANÃS DELGADO MARTINS, *Governança e arquivos: D. João VI no Brasil*, Instituto dos Arquivos Nacionais, Lisboa, 2007; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit. p. 40/41; LILIA M. SCHWARCZ e HELOISA M. STARLING, *Brasil: Uma biografia*, 7ª reimpressão, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2015, p. 172/199 e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Manual de Direito Financeiro*, op. cit., p. 100.

⁵⁴ Segundo FRANCISCO ADOLFO DE VARNHAGEN (*História da Independência do Brasil*, 3ª edição, Ed. Melhoramentos, São Paulo, 1957, p. 57), o Banco do Brasil fechou, transitoriamente, em 1821, após o retorno de D. João VI para Portugal, em 26 de abril do mesmo ano. O historiador menciona que o monarca levou em ouro aproximadamente C\$ 60 milhões (sessenta milhões de cruzados), além de diamantes que estavam nas casas-fortes da instituição financeira. O Banco do Brasil somente voltou a funcionar no ano de 1851, sob a direção de Visconde de Mauá.

⁵⁵ Cf. artigo 179, XXXII da Constituição Federal de 1824.

⁵⁶ O artigo 15, X da Constituição Federal de 1824 estabeleceu ser da atribuição da Assembleia Geral a fixação anual das despesas públicas, assim como a repartição das contribuições diretas.

⁵⁷ O artigo 172 da Constituição Federal de 1824 previu que o Ministro de Estado da Fazenda somente apresentaria, anualmente, a peça orçamental final à Câmara dos Deputados, após receber e reunir dos demais Ministros o orçamento relativo às despesas das suas repartições.

aprovado sete anos depois, em 1831, para o exercício financeiro de 1832. A cultura orçamentária transcorreu, nesses moldes, sem maiores percalços até ser marcadamente abalada, em 1865, com o início da Guerra do Paraguai. As altas despesas decorrentes do conflito bélico geraram uma crise fiscal e econômica sem precedente. Calcula-se que os gastos totais com a guerra equiparam-se a onze vezes o orçamento do Governo para o ano de 1864. E, em meio a cinco anos de conflito com o Paraguai, o Brasil perdeu 23.917 (vinte e três mil, novecentos e dezessete) pessoas, entre mortos, feridos e desaparecidos⁵⁸.

As repercussões negativas da guerra acabaram sendo inevitáveis. Junto a isso, as campanhas abolicionistas se acirravam. Com efeito, a Monarquia encontrava-se desgastada. A Lei do Ventre Livre de 1871 que libertou as crianças de pais escravos, nascidas após a data da sua promulgação, e a Lei Áurea de 1888, que finalmente proclamou a abolição, não foram suficientes para apaziguar as diferenças. Ao contrário. As recrudesceu. Parte da sociedade que dependia do trabalho escravo sentiu-se traída e não recompensada pelos prejuízos gerados com o término do trabalho escravo. Logo, o ambiente era desfavorável para a monarquia. Segmentos sociais detentores de poder político e/ou econômico estavam insatisfeitos. Em 15 de novembro de 1889, a monarquia imperial foi destituída, proclamando-se a República Federativa Presidencialista do Brasil e alçando Marechal Floriano Peixoto ao cargo de presidente.

Apesar da conotação democrática conferida à campanha republicana, historiadores questionam a sua legitimidade popular. Isso porque apesar do descontentamento de certos grupos da comunidade, como militares e latifundiários, com a forma monárquica de governo, a população, pertencente às classes mais pobres e/ou recém-saída da escravidão, não participou ativamente do processo⁵⁹.

⁵⁸ Cf. LILIA M. SCHWARCZ e HELOISA M. STARLING, *Brasil: Uma biografia*, op. cit., p. 291/297.

⁵⁹ O autor LAURENTINO GOMES (1889, *Como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da Monarquia e a Proclamação da República do Brasil*, Ed. GloboLivros, São Paulo, 2013, p. 19/20) destaca que a Proclamação da República decorreu, na verdade, de um golpe militar, com a tardia participação das lideranças populares. De outro lado, a população composta por massas de analfabetos, revelava-se indiferente, uma vez que ignorava as ideias propagadas nos anúncios republicanos. O desconhecimento da população a respeito do fim da monarquia e a Proclamação da República foi objeto de reflexão espirituosa de MACHADO DE ASSIS (Esaú e Jacó, p. 53. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download,texto,bn000030.pdf>>. Acesso em: 04.04.2016), no capítulo denominado “Tabuleta Velha” da sua obra. Nessa passagem, o literato brasileiro descreve o episódio em que o dono de uma confeitaria, de prenome Custódio, apresenta intensa melancolia após ter encomendado uma tabuleta intitulada “Confeitaria do Império” e descobrir, surpreendentemente, que a República do Brasil havia sido proclamada. Com a nova configuração estatal, a tabuleta precisou ser refeita. Apesar disso, a afeição do confeito com a tabuleta antiga revela-se notória no texto, demonstrando o sentimento vivenciado por muitos

Após mais de seis décadas de vigência, a Constituição de 1824, a segunda mais antiga no mundo até então⁶⁰, foi substituída pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Com a proclamação da República elaborou-se um novo discurso constitucional no país, sob a influência da doutrina americana. As bases institucionais do novo regime eram o presidencialismo, o federalismo e o sistema bicameral do Legislativo. Eliminou-se o poder moderador previsto na carta de outrora, substituindo-o pelo princípio da divisão e do equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Estabeleceu-se o sufrágio direto para os membros do Executivo e Legislativo e a periodicidade dos mandatos eletivos⁶¹. Podiam votar apenas as pessoas alfabetizadas, do sexo masculino, com mais de 21 (vinte e um) anos⁶². Manteve-se a ideologia liberal e a proteção dos direitos de defesa. Instituiu-se o habeas corpus⁶³, banuiu-se a pena de morte⁶⁴ e estabeleceu-se a liberdade de culto⁶⁵.

Ocorre que o espírito democrático da Constituição Federal de 1891 não alterou significativamente a realidade vivenciada por parte dos cidadãos, dentre os quais os negros⁶⁶. Com efeito, o fim do sistema escravocrata não foi acompanhado de políticas sociais inclusivas. A população negra, apesar de liberta, convivia com o preconceito e encontrava dificuldades para adentrar no mercado de trabalho. Os brasileiros brancos e os imigrantes europeus tinham preferência em comparação aos mestiços, os negros de nacionalidade brasileira e os africanos

cidadãos, à época, em relação à família real. Frise-se que o livro foi escrito em 1904, logo após o início do governo republicano ter sido instaurado no país.

⁶⁰ Cf. OTACIANO NOGUEIRA, *Constituições brasileira: 1824*. Centro de Estudos Estratégicos do Senado Federal e do Ministério da Ciência e Tecnologia, Brasília, 2001, p. 14.

⁶¹ Cf. artigos 28, 30 e 47 da Constituição Federal de 1891.

⁶² As mulheres somente conquistaram o direito ao voto, no Brasil, no ano de 1932, após intensa campanha nacional. O direito de escolherem os seus representantes foi concedido às pessoas do sexo feminino, por meio do Decreto nº 21.076, do Código Eleitoral, mas se tratava de um direito facultativo.

⁶³ Cf. artigo 72, § 22 da Constituição Federal de 1891.

⁶⁴ Cf. artigo 72, §19 da Constituição Federal de 1891.

⁶⁵ Cf. artigo 72, §3º da Constituição Federal de 1891.

⁶⁶ A autora MANUELA CARNEIRO DA SILVA (*Negros, Estrangeiros. Os escravos libertos e sua volta à África*, 2ª edição, Companhia das Letras, São Paulo, 2009, p. 100/101) apresenta um dado histórico anterior ao período republicano e bastante revelador sobre o degredo social que vinha, há décadas, sendo imposto aos negros, por parte dos demais segmentos da sociedade brasileira. Segundo a antropóloga, em 13 de maio de 1835, foi criada, na província da Bahia, a Lei nº 09/1835, que instituía o crime de insurreição, praticado pelos africanos libertos. Nesse expediente legal havia a previsão de exílio e desembarque na costa da África do negro africano liberto, de qualquer sexo, que fosse considerado meramente suspeito do cometimento de delito de insurreição. Tratava-se de uma medida sancionatória draconiana, de caráter discriminatório, ensejadora da expulsão, não voluntária, da população negra trazida ao país, anos antes, contrariamente à sua vontade, na condição de escravos. Diante disso, a autora conclui que essa população de africanos não gozava dos direitos de cidadãos brasileiros, tampouco das garantias conferidas aos estrangeiros europeus. Inacreditavelmente, a Lei nº 9/1835 perdurou por quase quarenta anos, sendo revogada pela Resolução sob nº 1.250/1872.

libertos⁶⁷. Perdurava-se a humilhação escravocrata de outrora, apesar do novo desenho constitucional. Uma condição de miserabilidade não apenas de ordem financeira, mas também e, principalmente, de natureza moral. Um racismo disfarçado, porém, profundo, cruel, simbólico, vivenciado até hoje. Excluídos, os negros, como também os indígenas e os sertanejos aglomeravam-se em habitações insalubres e superlotadas nas cidades. A opção política encontrada, na oportunidade, foi colocar essa população vulnerável para longe dos centros urbanos, expulsando-se a pobreza para as laterais, criando-se, assim, os prenúncios dos cortiços, das periferias e das favelas brasileiras⁶⁸. Dezenas de anos de omissão que fomentaram um dos maiores problemas sociais brasileiros, com efeitos nefastos, de difícil solução.

No que pertine ao orçamento, a Constituição Federal de 1891 estabeleceu que a iniciativa da sua proposta, diferentemente da Constituição precedente, deixou de ser de atribuição do Executivo e passou a ser do próprio Legislativo⁶⁹. Não obstante a previsão constitucional, durante a vigência da Constituição de 1891, a proposta orçamentária sempre foi encaminhada ao Congresso Nacional pelo Ministro da Fazenda⁷⁰. Dentre as inovações no novo texto constitucional no aspecto orçamentário destaca-se, ainda, a previsão de

⁶⁷ Sobre as dificuldades enfrentadas pela população negra, no período do início republicano ver LILIA M. SCHWARCZ e HELOISA M. STARLING, *Brasil: Uma biografia*, op. cit., p. 342/343; MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, *Negros, Estrangeiros. Os escravos libertos e sua volta à África*, op. cit., p. 113/114; FLORESTAN FERNANDES, *A integração do negro na sociedade de classes: o legado da “raça branca”*, vol. I, Editora Globo, São Paulo, 2008, p. 30/47 e JESSE SOUZA, *A elite do atraso. Da escravidão à Lava Jato*, op. cit., p. 76/77. Para esse último, os negros recém-libertos, mulatos e mestiços representavam a parcela mais discriminada da população. O preconceito era tão enraizado na sociedade brasileira que o imigrante europeu, apesar de não ter nascido em solo nacional, conseguia eliminar a concorrência do negro, em qualquer situação, onde quer que ela fosse estabelecida.

⁶⁸ Sobre o tema ver LILIAN FESSLER VAZ, *Dos cortiços às favelas e aos edifícios de apartamentos – a modernização da moradia no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.analisesocial.ics.ul.pt/documentos>>. Acesso em: 11.02.2015. As péssimas condições de vida das pessoas que se viam obrigadas a morar nessas instalações, à margem da sociedade, eram tão marcantes, que, em 1890, o escritor ALUISIO AZEVEDO escreveu a obra denominada *O Cortiço*. (Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua00021a.pdf>>. Acesso em: 05.05.2017). O romance se passa no Cortiço São Romão e já retratava as dificuldades enfrentadas pelos moradores de uma habitação coletiva dessa natureza. Em uma passagem, o literato resume as condições do ambiente e os reflexos da pobreza da seguinte forma: “E naquela terra encharcada e fumegante, naquela umidade quente e lodosa, começou a minhocar, a esfervilhar, a crescer, um mundo, uma coisa viva, uma geração, que parecia brotar espontânea, ali mesmo, daquele lameiro e multiplicar-se como larvas no esterco”.

⁶⁹ Cf. artigo 34, §1º da Constituição Federal de 1891, competia privativamente ao Congresso Nacional, com periodicidade anual, orçar a receita, fixar a despesa e prestar contas.

⁷⁰ Sobre as incongruências teóricas e práticas do orçamento, durante a vigência da primeira Constituição republicana, ver SANDOVAL ALVES DA SILVA, *Direitos Sociais. Leis Orçamentárias como instrumento de implementação*, op. cit., p. 111; SERGIO JUND, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, op. cit., 64; AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF. Teoria e Questões*, op. cit., p. 31 e JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 41. Este último autor frisa que a iniciativa orçamental continuou sendo realizada pelo Ministério da Fazenda que os encaminhava ao Parlamento, por meio de reuniões reservadas e extraoficiais.

responsabilização criminal do Presidente, em caso de violação à lei do orçamento⁷¹ e a criação do Tribunal de Contas, com responsabilidade para liquidar as contas referentes às receitas e despesas e verificar a sua legalidade, antes de serem repassadas ao Congresso Nacional⁷².

No ano de 1922, foi criado o Código de Contabilidade Pública⁷³, que contribuiu para regulamentar o orçamento, no país, cuja trajetória sofreu um novo revés com a quebra da bolsa de Nova York, em 1929. Neste período, no campo político, as oligarquias paulistas e mineiras, que representavam a chamada política do “café com leite” e intercalavam-se no poder, sentiram os efeitos da crise econômica e se desentenderam. Ao contrário dos acordos anteriores, em 1930, mineiros e paulistas apoiaram candidatos diferentes à Presidência da República. O candidato indicado pelos paulistas venceu as eleições, mas não assumiu o cargo. Em data de 03 de outubro de 1930 teve início um golpe civil e militar que culminou com a deposição e posterior exílio do candidato eleito Júlio Prestes⁷⁴. Em seguida, criou-se uma Junta Governativa Provisória, a qual, no mês de novembro, entregou o poder a Getúlio Vargas⁷⁵.

Em data de 16 de julho de 1934 é promulgada a terceira carta constitucional do país, oportunidade em que se inaugurou um novo modelo de Estado, com viés mais social, em que as liberdades civis clássicas passaram a conviver com maior intervenção estatal na economia⁷⁶. Para exemplificar a mudança de concepção ideológica introduzida na Constituição Federal de 1934 basta observar o clássico direito de propriedade. Embora assegurada no texto constitucional, a propriedade, a partir desta nova concepção, deveria atender aos interesses sociais ou coletivos⁷⁷. Havia, ainda, previsão de assistência pública social aos indigentes⁷⁸ e

⁷¹ O artigo 54, §8º da Constituição Federal de 1891 previa que os atos do Presidente da República que violarem as leis orçamentárias votadas pelo Congresso Nacional constituiriam crime de responsabilidade.

⁷² Cf. artigo 89 da Constituição Federal de 1891. Os membros do Tribunal de Contas eram nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perdiam os seus assentos por intermédio de sentenças em seus desfavores.

⁷³ Cf. Decreto nº 4.536/1922.

⁷⁴ Júlio Prestes foi o único candidato à Presidência, eleito pelo sufrágio popular, que foi proibido de tomar posse, no Brasil.

⁷⁵ Sobre a temática, ver AMAURY PATRICK GREMAUD, MARCO ANTONIO SANDOVAL DE VASCONCELOS e RUDINEI TONETO JÚNIOR, *Economia Brasileira Contemporânea*, 7ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2007, p. 352/354 e DOMINGOS MEIRELES, 1930, *Os órfãos da Revolução*, Ed. Record, São Paulo, 2005.

⁷⁶ O autor JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, op. cit., p. 232) afirma que a Constituição Federal de 1934 sofreu influência da Constituição do México de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, prevendo formas de intervenção do Estado na economia e direitos sociais.

⁷⁷ Cf. artigo 113, item 17 da Constituição Federal de 1934.

⁷⁸ Cf. artigo 113, item 34 da Constituição Federal de 1934.

jurídica aos necessitados⁷⁹. A liberdade sindical foi reconhecida⁸⁰, assim como alguns direitos trabalhistas, tais como o salário mínimo⁸¹ e o amparo à maternidade, esse subsidiado através de um centro de rendas tributárias provenientes dos entes federados⁸².

Sob a perspectiva do orçamento, a Carta de 1934 devolveu ao Poder Executivo, a competência privativa para elaborar a peça orçamentária⁸³. A sua votação, no entanto, continuou sendo atribuição do Congresso Nacional⁸⁴, assim como o controle das finanças governamentais. E, diante das novas tarefas governamentais introduzidas pela concepção social vigente na Constituição de 1934, o papel do orçamento foi reforçado. Houve a criação de um capítulo específico para o instituto⁸⁵. O texto constitucional não trouxe limitações ao poder de emendas do Legislativo e manteve-se a responsabilização criminal do Presidente da República em caso de atos atentatórios às leis orçamentárias⁸⁶. Por último, de forma expressa, o texto constitucional vedou a apreciação de matérias estranhas ao orçamento, denominadas de “caudas orçamentárias⁸⁷”.

Em 1936, Getúlio Vargas instituiu a chamada “Reforma Burocrática”, com o objetivo de coibir práticas paternalistas existentes na República Velha, caracterizadas pelo nepotismo e pela livre disponibilidade de cargos públicos, em troca de votos e benefícios pessoais. Ao invés, propôs-se a meritocracia e a contratação de profissionais com base no conhecimento técnico-racional⁸⁸. Os efeitos da reforma administrativa do Presidente da República estenderam-se ao orçamento público, que passou a ser concebido como plano da Administração para melhor atender às necessidades públicas introduzidas com a Carta Constitucional de 1934.

Entretanto, em que pese às promessas de cunho social e gerencial, as instabilidades

⁷⁹ Cf. artigo 113, item 32 da Constituição Federal de 1934.

⁸⁰ Cf. artigo 120 da Constituição Federal de 1934.

⁸¹ Cf. artigo 122, §1º, b) da Constituição Federal de 1934.

⁸² Cf. artigo 141 da Constituição Federal de 1934.

⁸³ O artigo 60, parágrafo único, 1º, da Constituição Federal de 1934 determinava que competia ao Ministro da Fazenda organizar a proposta geral do orçamento com base nos elementos de que dispusesse e também com base nas informações que fossem fornecidas pelos outros Ministros.

⁸⁴ O artigo 39, 2, da Constituição Federal de 1934 estabeleceu ser de competência privativa do Poder Legislativo, votar anualmente o orçamento da receita e das despesas.

⁸⁵ Cf. Seção IV do Capítulo II.

⁸⁶ Cf. artigo 57, h) da Constituição Federal de 1937.

⁸⁷ O artigo 50, §3º da Constituição Federal de 1937 dispôs que a lei orçamental não poderia conter dispositivo estranho à receita prevista e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados. Contudo, não seriam incluídas nesta proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e as operações de créditos por antecipação de receita.

⁸⁸ Cf. LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, *Reforma gerencial da Administração Pública no Brasil*, Revista do Serviço Público do Brasil, V. 49, nº 01, 1998, p. 05/42.

políticas, vivenciadas no início da década de 30 do século passado no país, persistiram. Em 10 de novembro de 1937, o então Presidente Getúlio Vargas instituiu um sistema político de cunho ditatorial, denominado “Estado Novo”. Nessa mesma data, promulgou-se a quarta Constituição do Brasil.

A introdução do Estado Novo trouxe inúmeros recuos em direitos tradicionalmente contemplados nas Constituições anteriores, em nome da “preservação e da defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo⁸⁹”. A afinidade ideológica da ditadura implantada tendia para os regimes totalitários, mais especificadamente para o fascismo.

No que concerne ao orçamento, a Carta de 1937 definiu que a elaboração orçamentária seria feita por um Departamento Administrativo ligado à Presidência da República⁹⁰, votado pela Câmara dos Deputados, a qual contava com membros nomeados pelo próprio Executivo. A unidade orçamentária⁹¹ e a proibição de anexar matérias não afetas ao tema em seu texto foram preservadas⁹². Por sua vez, a previsão de crime de responsabilidade pelo Presidente da República, em caso de cometimento de atos contrários às leis orçamentárias foi excluída do texto constitucional.

Dessa forma, o Estado Novo instituído por Vargas é caracterizado pelo protagonismo quase que exclusivo do Executivo, em detrimento dos demais Poderes. Prática comum aos regimes totalitários. No entanto, o fim da Segunda Guerra Mundial, a derrota das ideologias nazista e fascista, bem como a divulgação dos horrores cometidos contra milhares de pessoas inocentes impactou, de forma negativa, o senso coletivo. A conjuntura mundial se fechou para

⁸⁹ Na tentativa de legitimar o golpe e as práticas autoritárias cometidas na sequência, a Constituição Federal de 1937 apresentava em seu preâmbulo, as seguintes considerações: “Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravamento dos dissídios partidários que, uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às aspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país”.

⁹⁰ O artigo 67, b) da Constituição Federal de 1937 dispôs que junto à Presidência da República haveria um Departamento Administrativo com diversas atribuições, dentre as quais, as de organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados.

⁹¹ Cf. artigo 68 da Constituição Federal de 1937.

⁹² Cf. artigo 70 da Constituição Federal de 1937.

os governos de força. E isso também se refletiu no Brasil. Houve um esgotamento do regime ditatorial implantado por Getúlio Vargas. A população passou a exigir o retorno da liberdade, no país. Em 29 de outubro de 1945, Getúlio Vargas é afastado da Presidência da República, pelos militares⁹³. Desse instante até as eleições presidenciais, realizadas no ano seguinte, a Presidência da República foi exercida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares. Em janeiro de 1946 foi realizada nova eleição presidencial.

Com a redemocratização, a Constituição Federal de 1937 perdeu o sentido de existir. Em 18 de setembro de 1946 foi promulgada uma nova Constituição para o Brasil. Seria a quinta em um pouco mais de um século.

A República Federativa do Brasil fez as pazes com a democracia. A ideologia social avistada na Constituição de 1934 é retomada na Carta de 1946. As liberdades civis e políticas foram consagradas, assim como os direitos sociais, trabalhistas e previdenciários. Ademais, previu-se, pela primeira vez, o direito à greve, no Brasil⁹⁴.

O orçamento público restou assegurado em seção específica⁹⁵ e foram respeitados os princípios da unidade⁹⁶ e da exclusividade⁹⁷. O orçamento passou a ter tramitação diferenciada em comparação à Constituição de 1937. A iniciativa do projeto de lei era do Poder Executivo, mas dependia de posterior deliberação e aprovação parlamentar. A responsabilidade criminal do Presidente da República por violação às leis orçamentárias foi recolocada no novo texto constitucional⁹⁸, a exemplo do que ocorrera nas Constituições de 1891 e 1934. Por fim, as atribuições do Tribunal de Contas foram reforçadas, atribuindo-lhe a fiscalização da execução orçamentária⁹⁹.

Na conjuntura geopolítica, nas décadas de 1950 e 1960, o Brasil deparou-se com a mudança da sua capital do Rio de Janeiro para Brasília. Em Brasília, a estrutura estatal ampliou-se. Aumentou-se o número de funcionários públicos e burocratas. A manutenção do Estado tornou-se mais cara, também em função do Plano de Metas, com viés desenvolvimentista, implantando pelo então Presidente da República, Juscelino Kubitschek de Oliveira.

⁹³ Mesmo após a sua deposição, Getúlio Vargas assumiu novo mandato como Presidente da República do Brasil, por meio do voto popular, durante o período de 1951 a 1954.

⁹⁴ Cf. artigo 158 da Constituição Federal de 1946.

⁹⁵ Vide seção VI da Constituição Federal de 1946.

⁹⁶ Cf. artigo 73 da Constituição Federal de 1946.

⁹⁷ Cf. artigo 73, §1º da Constituição Federal de 1946.

⁹⁸ Cf. artigo 89, VI da Constituição Federal de 1946.

⁹⁹ Cf. artigo 77, I da Constituição Federal de 1946.

Outro reflexo da alteração geopolítica da capital foi o isolamento do poder. Brasília, embora esteja localizada no centro do país, encontra-se distante dos principais centros urbanos e, por via de consequência, dos seus problemas. A nova capital, construída de forma planejada, com alta renda per capita proveniente do funcionalismo público, não correspondia ao restante do país, assolado por problemas sociais, no campo e nas cidades. Distanciamento que se agravou com o passar dos anos. Os efeitos dessa dualidade são percebidos até os dias atuais.

A inauguração de Brasília veio acompanhada de novas incertezas políticas. Em 25 de agosto de 1961, o presidente Jânio Quadros, empossado neste mesmo ano, renunciou. Em 07 de setembro, o seu vice-presidente João Goulart assumiu a Presidência da República. Em 1963, realizou-se um plebiscito para discutir o sistema de governo a ser adotado no país. O presidencialismo venceu.

O cenário político internacional, ancorado na polarização e nas rivalidades da Guerra Fria, influenciou a política nacional. O resultado do plebiscito conferiu força ao Presidente João Goulart, o que desagradou alguns segmentos da sociedade. Em 1964, houve um golpe militar no país. O Congresso Nacional nomeou, interinamente, o General Castello Branco à Presidência da República. A intervenção militar instalou-se no ambiente político do país. O que era para ser provisório perdurou por duas décadas. A democracia perdeu espaço novamente.

Para legitimar as ações praticadas durante a ditadura militar foi promulgada, em 24 de janeiro de 1967, uma nova Constituição Federal¹⁰⁰. A Constituição Federal de 1967 foi influenciada pela Carta Constitucional de 1937, também de modelo político ditatorial. Nesse processo de consolidação do regime de exceção, as liberdades clássicas sofreram significativo retrocesso. O exercício das liberdades de reunião e de associação, de livre exercício profissional e de livre manifestação do pensamento foi considerado abusivo, caso atentasse “contra a ordem democrática¹⁰¹”. As palavras de Étienne de La Boétie refletem bem essa fase

¹⁰⁰ Sobre a Constituição Federal de 1967 e as suas consequentes emendas, GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (*Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 179) afirmam que serão recolhidas aos museus, na condição de testemunhas de um momento caracterizado pela obscuridade. Para os doutrinadores, esse episódio da história recente do país também deve ser conhecido por todos, a fim de evitar que sejam reiterados no futuro. Analisando o poder imperativo do Poder Executivo e as suas repercussões nos planejamentos governamentais, ver GILBERTO BERCOVICH, “O planejamento e a Constituição de 1988”, In Fernando Facury Scaff (Org.), *Constitucionalizando direitos 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 308/309.

¹⁰¹ Conforme o artigo 151 da Constituição Federal de 1967, a pena prevista para aqueles que intentassem contra a ordem democrática no exercício das suas liberdades civis era de suspensão dos seus direitos

da história do país: “*A tirania subtrai-lhes toda e qualquer liberdade de agir, de falar e quase de pensar*”¹⁰²”.

Em 13 de dezembro de 1968, editou-se o Ato Institucional nº 05¹⁰³ e, em 17 de outubro de 1969, a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, considerada por muitos constitucionalistas como uma nova Constituição¹⁰⁴. Frise-se que o nome jurídico do Estado Brasileiro foi alterado para República Federativa do Brasil. Fato é que com essas alterações constitucionais, o Governo recrudescceu ainda mais o seu autoritarismo. Foram suspensos garantias e direitos individuais em casos de crimes políticos. Centenas de pessoas foram presas e condenadas, sob a acusação de terem praticado delitos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social. Outras várias foram exiladas ou mortas. O radicalismo e o enfrentamento imperaram nesses tempos de ditadura¹⁰⁵.

políticos, pelo prazo de dois a dez anos, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível.

¹⁰² Cf. ÉTIENNE DE LA BOÉTIE, *Discurso sobre a servidão voluntária*, Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/boetie.html>>. Acesso em: 13.02.2018.

¹⁰³ Para legitimar práticas abusivas que já eram cometidas pela Ditadura Militar, criou-se o Ato Institucional nº 05/1968, cujo preâmbulo tenta justificar tais práticas da seguinte forma: “Considerando que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria; Considerando que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, não só não pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam, sob pena de estar faltando a compromissos que assumiu com o povo brasileiro, bem como porque o Poder Revolucionário, ao editar o Ato Institucional nº 2, afirmou, categoricamente, que ‘não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará’ e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido; Considerando que esse mesmo Poder Revolucionário, exercido pelo Presidente da República, ao convocar o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar a nova Constituição, estabeleceu que esta, além de representar ‘a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução’, deveria ‘assegurar a continuidade da obra revolucionária’; Considerando, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la; Considerando que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária; Considerando que todos esses fatos perturbadores da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por ele se responsabilizaram e juraram defendê-lo, a adotarem as providências necessárias que evitem a sua destruição. Resolve editar o seguinte Ato Institucional”.

¹⁰⁴ Esse é o nosso posicionamento. Com esse entendimento, ver JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 89/90 e SYLVIO MOTTA & WILLIAM DOUGLAS, *Direito Constitucional*, 10ª edição, Impetus Editora, Rio de Janeiro, 2002, p. 25. Em sentido contrário, PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 13ª edição, Malheiros Ed., São Paulo, 2003, p. 62.

¹⁰⁵ O autoritarismo vivido no país, no final da década de sessenta do século passado, foi objeto de análise de ZUENIR VENTURA, em sua obra literária intitulada: “1968, O ano que não terminou”, 3ª edição,

De outro giro, as questões orçamentárias foram tratadas no corpo da Carta Constitucional de 1967 que introduziu capítulo próprio para o sistema tributário¹⁰⁶, seções específicas ao orçamento¹⁰⁷ e à fiscalização financeira e orçamentária¹⁰⁸. Os princípios da anualidade e da exclusividade foram novamente contemplados¹⁰⁹, assim como a responsabilização criminal por atos atentatórios às leis orçamentárias¹¹⁰. A iniciativa de elaboração do orçamento foi mantida aos cuidados do Poder Executivo¹¹¹. Ao Congresso Nacional competia a sua discussão e aprovação, sem a possibilidade de emendas relevantes¹¹². Se o Parlamento não o aprovasse, a peça orçamentária seria tacitamente aceita, por decurso do prazo. Isso porque o projeto de lei do orçamento deveria ser encaminhado ao Legislativo em até cinco meses antes do início do exercício financeiro e se não fosse devolvido para sanção dentro de quatro meses, seria promulgado como lei¹¹³. Nessa conformidade, a atuação legislativa em matéria orçamentária restou restringida na Constituição Federal de 1967.

Inovação interessante trazida no corpo constitucional foi o orçamento plurianual de investimento que englobava as despesas de capital¹¹⁴ e os projetos e programas continuados, que se prolongassem para mais de um exercício financeiro¹¹⁵. Esse dispositivo refletiu a transformação pela qual passava o orçamento no constitucionalismo do mundo ocidental. Para atender as novas e múltiplas tarefas estatais, as quais não se encerravam muitas vezes em um

Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2013. Em um capítulo da terceira parte do livro, denominado “Que juventude é essa?”, o autor relata, com clareza, a intolerância sentida por todos, retrato de uma época em que, no Brasil, vigorava um regime de exceção. Em suas palavras: “De fato, esses últimos meses do ano, o país acumulou uma soma de crises que atingiram praticamente todas as áreas, fortalecendo as bases radicais. A marcha da insensatez parecia irreversível. À medida que a intolerância ia tomando conta do governo, a única resposta possível parecia ser o radicalismo, que se manifestava no movimento estudantil, na política, nas artes e no showbiz. Longe iam os tempos em que o diálogo ainda podia ser pelo menos uma esperança”.

¹⁰⁶ Vide Capítulo V da Constituição Federal de 1967.

¹⁰⁷ Vide Capítulo VI, Seção VI da Constituição Federal de 1967.

¹⁰⁸ Vide Capítulo VI, Seção VII da Constituição Federal de 1967.

¹⁰⁹ Cf. artigo 63 da Constituição Federal de 1967.

¹¹⁰ Cf. artigo 84, VI da Carta Constitucional de 1967.

¹¹¹ O artigo 67 da Constituição Federal de 1967 previu que ao Poder Executivo competia a iniciativa de proposição das leis orçamentárias e de expedientes legislativos que aumentassem os gastos públicos, entre os quais as despesas referentes à abertura de créditos, à fixação de vencimentos e vantagens aos servidores públicos, à concessão de subvenção ou auxílio, ou, de qualquer modo, autorizassem, criassem ou aumentassem os gastos públicos.

¹¹² Nesses termos, o artigo 67, §1º do referido diploma legal disciplinou, em seu parágrafo primeiro, que não seriam objeto de deliberação emendas que gerassem aumento da despesa global ou de cada órgão, projeto ou programa, ou que visassem a modificação do seu montante, natureza e objetivo.

¹¹³ Cf. artigo 68 da Constituição Federal de 1967.

¹¹⁴ Cf. artigo 63 da Constituição Federal de 1967.

¹¹⁵ Sobre o orçamento plurianual para os projetos e programas continuados, o artigo 65, §4º, da Carta de 1967 determinou que nenhum projeto, programa, obra ou despesa, cuja execução se prolongue além de um exercício financeiro, poderia ter verba consignada no orçamento anual, nem ser iniciado ou contratado, sem prévia inclusão no orçamento plurianual de investimento, ou sem prévia lei que o autorizasse e fixasse o montante das verbas que anualmente constariam do orçamento, durante todo o prazo de sua execução.

único exercício financeiro, o instituto precisou se reformular. O orçamento programa procurou viabilizar, financeiramente, essas novas incumbências e metas do Estado Moderno, sendo peça-chave do planejamento governamental. Estabeleceu-se com ineditismo, ainda, a possibilidade de dotações plurianuais para a execução dos planos de valorização das regiões menos desenvolvidas do país¹¹⁶. Por fim, o controle do orçamento foi dividido em duas partes, sendo uma externa, desempenhada pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas e, outra, interna, de atribuição do Governo¹¹⁷.

Contudo, apesar das modificações introduzidas no orçamento pela Constituição Federal de 1967, a situação financeira do Brasil era crítica. O regime militar, além de avançar contra as liberdades e as garantias individuais, em franco atentado contra a democracia e aos ideais republicanos, não obteve êxito no campo econômico. Houve um aumento exponencial da dívida pública externa brasileira.

A reforma administrativa introduzida durante o Regime Militar, através do Decreto nº 200/1967, constituiu um esforço estatal para melhorar as finanças públicas. O enfoque foi promover a descentralização gerencial, através da criação da Administração Indireta, com a finalidade de prestar serviços públicos e explorar atividades econômicas. Ocorre que a reforma fez com que houvesse um crescimento ainda maior das atividades estatais e, conseqüentemente, dos seus custos, não conseguindo reverter os problemas financeiros vivenciados, à época. Além das dificuldades financeiras do Estado, a crise do petróleo, a tomada de empréstimos de organismos internacionais, a emissão desgovernada de moeda, as altas taxas de inflação e o desemprego agravaram a crise na economia brasileira.

Logo, o cenário econômico e social, no início da década de oitenta do século passado, encorajou a sociedade a rediscutir os rumos políticos da nação. Os movimentos em prol da redemocratização afloraram com maior intensidade¹¹⁸.

Após significativos trabalhos da Assembleia Constituinte, a promulgação da nova

¹¹⁶ Cf. artigo 65, §6º da Constituição Federal de 1967.

¹¹⁷ O artigo 71, caput e §1º da Carta Constitucional de 1967 determinou que a fiscalização financeira e orçamentária da União seria exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

¹¹⁸ O autor RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN (*O movimento das diretas já e a Construção do STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-22/observatorio-constitucional-movimento-diretas-construcao-stf>>. Acesso em: 12.01.2018) ilustra bem o sentimento vivenciado pelo processo de redemocratização, à época, além de enaltecer a sua importância. Em suas palavras: “Como bem representou Paulo Caruso, em charge publicada na Folha de S. Paulo de 25.04.1984, o movimento das 'Diretas Já' foi um segundo grito de independência, quando se viu a 'história brotar das ruas e na garganta do povo' (nas palavras de Ulysses Guimarães em 24.04.1984 em discurso no Parlamento)”.

Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, refletiu o retorno da democracia, no país. Novos horizontes eram almejados pelos cidadãos. A intolerância e o enfrentamento abriram espaço para o diálogo e para que novos rumos pudessem ser trilhados através da participação ativa da população, nos mais diversos segmentos de convívio em sociedade. Eis que exsurge a liberdade!

O balanço, nesses cem anos da história republicana nacional, é repleto de instabilidades políticas, econômicas e sociais. No rosto dos brasileiros, as novas multiplicidades étnicas introduzidas nos séculos XIX e XX refletem mais do que os seus diferentes estereótipos físicos. Revelam um país de dimensões continentais, com deficiências estruturais, desigualdades históricas e culturas diversas. Tudo e todos convivendo em um mesmo território. A única certeza que se pode ter diante desse quadro é que há muito a avançar.

Por sua vez, no campo orçamental, o posicionamento do instituto, em uma linha temporal evolutiva, demonstrou que a sua formatação e utilização passou por diversas fases, influenciadas, principalmente, pela instável conjuntura política de maior ou menor liberdade vivenciada, no Brasil, ao longo dos últimos séculos. Sem dúvida, a consolidação do regime democrático não se revelou uma construção fácil, tampouco linear.

Da Constituição de 1824 até a Constituição de 1967, observa-se que o orçamento público se consolidou apesar das constantes flutuações na democracia que interferiram diretamente e, de forma negativa, no equilíbrio entre os Poderes. Nos momentos de maior autoritarismo, o Poder Executivo centralizou o poder político ao seu redor em detrimento do Congresso Nacional. E, durante os períodos de redemocratização, o Poder Legislativo desempenhou o seu papel com maior liberdade e altivez¹¹⁹.

Destaca-se a permanência dos princípios da anualidade, da unidade e da exclusividade, esse para fins de coibir as práticas abusivas conhecidas por caudas orçamentárias. Houve a fixação, ainda que com descontinuidade, da responsabilização criminal do Presidente da República em caso de cometimento de atos atentatórios às leis orçamentárias, bem como da submissão da peça orçamentária à aprovação pelo Legislativo. De igual forma, merece registro a criação e o fortalecimento do Tribunal de Contas como

¹¹⁹ Cf. RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 68. Nesse mesmo sentido, ver PAULO BONAVIDES, *História Constitucional do Brasil*, 9ª edição, OAB Editora, Brasília, 2008, p. 455.

órgão de controle das contas públicas. Esses dispositivos, ainda que assegurados em certos textos constitucionais e extintos em outros, foram responsáveis pela solidificação paulatina do instituto e revelaram a sua importância na gestão governamental.

Com efeito, as avaliações fáticas e jurídico-constitucionais tecidas nesse capítulo precisaram ser mencionadas para que os erros e os acertos dos Poderes Públicos não sejam renegados ao esquecimento. A realidade nacional, marcada por desigualdades sociais, não comporta a repetição dos equívocos de outrora. Se o objetivo é levar as leis orçamentárias a sério na contemporaneidade, mais do que nunca é indispensável conhecer o seu passado. Nesse diapasão, a investigação dos antecedentes históricos revela-se essencial para uma melhor compreensão do instituto.

E o saldo, em verdade, é positivo. Constata-se que o orçamento deixou de ser apenas um instrumento de fiscalização do Parlamento em relação ao Executivo, com roupagem meramente contábil, e passou, pouco a pouco, a ganhar espaço na cena pública, ainda que descontinuamente. Fato é que o Estado brasileiro cresceu e ganhou corpo, sendo impossível negar a importância do planejamento, inclusive e principalmente financeiro, para o êxito das atividades desempenhadas pelos poderes constituídos. É justamente a partir daí, nesse processo de luz e de sombras, tão marcante na história brasileira, que o orçamento sobrevive e sai, ao final, mais fortalecido.

Com os novos ares democráticos que passaram a circular no país, em meados da década de oitenta do século passado, um sinal resplandeceu no âmbito das finanças públicas. Mais do que nunca as pessoas sentiram necessidade de ter liberdade e dignidade. E o Estado, com o seu caráter instrumental, não poderia olhar para um sentido diverso, ainda mais após anos de ditadura. A Administração e todo o seu arcabouço humano, material e financeiro precisou voltar-se à concretização dos direitos humanos. Não por acaso, o Estado Democrático de Direito introduzido pela Constituição Federal de 1988 revelou ter grandes pretensões e para executar os seus objetivos alinhavou, acertadamente, os seus múltiplos objetivos, metas e prioridades à via orçamental.

A configuração orçamentária da Carta Constitucional de 1988 transformou o Estado brasileiro em um Estado Democrático Fiscal¹²⁰. Resta saber, em contrapartida, se o plano original, que almejou o controle eficiente e legítimo dos gastos públicos, bem como o

¹²⁰ Cf. RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 19.

redirecionamento das receitas para as políticas sociais, realmente se concretizou. É o que se verá ao longo da presente investigação.

O próximo capítulo avalia justamente o tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 ao instituto do orçamento público.

CAPÍTULO 2

O ORÇAMENTO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988 representou um pacto firmado pela sociedade de retorno à democracia e em prol dos direitos fundamentais¹²¹, em oposição às práticas autoritárias do Estado, cometidas, reiteradamente, em um passado recente da história do Brasil.

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos estruturantes a cidadania e a dignidade da pessoa humana¹²², para fins de construir uma sociedade livre, justa e solidária, para erradicar a pobreza e a marginalização e para promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹²³.

Ao prever, expressamente, direitos cívicos, políticos, sociais e econômicos, a nova Constituição Federal almejou para os brasileiros um Estado de Bem-Estar Social, em que as liberdades clássicas convivessem em harmonia e interdependência com os direitos de promoção da igualdade material. Em que a valorização do trabalho e a livre iniciativa visassem a justiça social.

Para respeitar os valores formadores da identidade constitucional da nova Carta Magna e para promover o atingimento dos fins nela estabelecidos, a Assembleia Constituinte estabeleceu um Estado intervencionista e planejador, com função redistributiva. E colocou o orçamento como instrumento central nesse projeto de construção de um verdadeiro Estado Social. Uma ferramenta normativa com o papel de direcionar todas as políticas públicas a serem desempenhadas pelo Poder Público. O eixo propulsor capaz de conduzir os recursos públicos para o atingimento das finalidades constitucionais.

¹²¹ O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 reflete o pensamento vigente de repúdio às práticas antidemocráticas e concebe o novo texto constitucional nos seguintes termos: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

¹²² Cf. artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

¹²³ Cf. artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Essa concepção social pode ser facilmente extraída do texto constitucional, na medida em que foi assegurada ao cidadão uma gama de direitos, tais como os direitos à educação, à saúde, à moradia, ao lazer, à cultura, ao trabalho, à previdência, à proteção da infância, ao meio ambiente equilibrado e à assistência social dos hipossuficientes. Trata-se de um projeto verdadeiramente ambicioso, altamente custoso e de difícil execução, o que, por si só, não retira o seu valor. Para implantá-lo o texto constitucional atribuiu ao Poder Público inúmeras tarefas e definiu muitos dos mecanismos necessários para a sua esmerada concretização.

Nesse sentido, se os desafios são grandiosos, maior deve ser o empenho e o compromisso dos Poderes da República com a identidade constitucional e com os objetivos nela traçados. O Brasil precisa de estabilidade política para conseguir conquistar estabilidade econômica e social. Mas, de uma estabilidade política baseada em ideais virtuosos, republicanos, que permita garantir que os próximos anos sejam mais tranquilos e benevolentes ao atendimento das necessidades de quem mais precisa. Para tanto, é fundamental valorizar a ferramenta que se tem nas mãos, conquistada através do esforço conjunto, ao longo de gerações: A Constituição Federal de 1988¹²⁴.

E, a valorização da Constituição passa pelo processo de lhe conferir máxima efetividade. Ocorre que a eficácia social¹²⁵ da Carta Constitucional depende, em grande medida, de dispêndio de recursos públicos. Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a lei orçamentária como “a lei mais importante depois da Constituição¹²⁶”.

¹²⁴ Ao analisar a evolução constitucional do Brasil, LUÍS ROBERTO BARROSO (*Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 14.01.2015) faz pertinente apontamento ao afirmar que: “O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado Liberal), a modernidade (ou Estado Social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto – mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”. Essa avaliação também foi realizada por EROS ROBERTO GRAU (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 218/219). Para o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2004 e 2010, o *Welfare State*, no Brasil, nunca existiu, em razão de não terem sido satisfeitas as condições políticas e econômicas necessárias. Ao analisar o novo texto constitucional, o autor ressalta que o objetivo contido no artigo 3º da Carta Constitucional reconhece as mazelas sociais vividas, no país: pobreza, marginalização e desigualdades sociais e regionais. Um enunciado valoroso formulado pelo Poder Constituinte na busca pela reversão desse perverso quadro social existente no país.

¹²⁵ Aqui se utilizando da concepção defendida por INGO WOLFGANG SARLET (*A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 7ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 249) no sentido de que a eficácia social, também chamada de efetividade, agrega tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma, juridicamente eficaz, como também pelo resultado concreto obtido por meio ou não da sua aplicação.

¹²⁶ Essa frase foi proferida pelo Ministro Carlos Ayres Brito em seu voto proferido no julgamento, no

2.2 A atividade financeira do Estado

Com efeito, a atividade financeira constitui um conjunto de ações econômicas, sociais, fiscais e extrafiscais realizadas pelo Estado, com o objetivo de atender às finalidades constitucionais. Por meio do seu exercício, o Poder Público arrecada, gerencia e despende recursos públicos¹²⁷, bem como promove iniciativas para fomentar a economia e induzir comportamentos de diversos segmentos da iniciativa privada. Tais ajustamentos na alocação de recursos precisam assegurar a estabilidade econômica, como também a justa distribuição de renda e riqueza, no país. Trata-se, desse modo, de uma função dinâmica, interdisciplinar e complexa.

Para o desempenho das suas atividades extrafiscais o Poder Público pode promover renúncias tributárias, disponibilizadas mediante isenções ou reduções de tributos¹²⁸ ou assumir encargos de terceiros, conferindo-lhes subsídios fiscais. De igual forma, o Governo pode conceder benefícios creditícios, deixando de cobrar empréstimos, juros ou encargos equivalentes ao que paga ao se endividar¹²⁹.

Supremo Tribunal Federal, da ADIN nº 4.048, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 22.08.2008. De forma precursora e com o mesmo entendimento, RUY BARBOSA (*Relatório do Ministro da Fazenda*, vol. XVIII, 1891, Tomo III, MEC, Rio de Janeiro, 1949, p. 361/362) destacou que a lei orçamentária corresponde a um instituto inviolável e soberano, sendo imprescindível fazer desse expediente normativo uma “força da nação”. Sobre o tema, ver também CARLOS AYRES BRITO, “O regime Constitucional dos Tribunais de Contas”, In José Alfredo Sousa, Antonio de Sousa Franco e Carlos Ayres Brito (Orgs.), *O Novo Tribunal de Contas*, 3ª edição, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2005, p. 64/65.

¹²⁷ Cf. JOSÉ MAURÍCIO CONTI, *Federalismo fiscal e fundos de participação*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, p. 02/03. Assim também J. R. CALDAS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., p. 47; AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 01/03; SERGIO JUND, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, op. cit., p. 22/23 e ANDRÉ CASTRO CARVALHO, “Uma teoria de direito constitucional financeiro e direito orçamentário substantivo no Brasil”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 41/79.

¹²⁸ Como exemplo da atuação extrafiscal do Governo, destaca-se a Medida Provisória nº 471, assinada pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em novembro de 2009, a qual implantou uma política de redução dos Impostos sobre Produtos Industrializados - IPI, em relação aos carros produzidos nas regiões norte, nordeste e centro-oeste. A redução tributária acarretou a diminuição dos preços de revenda dos automóveis e, por via de consequência, um aumento no consumo desses bens. Contudo, em nosso entendimento, apesar de tratar de uma decisão política, é importante pontuar que medidas desta natureza produzem efeitos bilaterais, eis que têm o potencial de movimentar a economia, mas com possibilidade de provocar prejuízo à arrecadação tributária do Governo e às transferências tributárias entre os entes da federação. Se a União arrecada menos, os estados e os municípios também recebem menos.

¹²⁹ Sobre os benefícios creditícios, empréstimos públicos e destinação de recursos ao setor privado ver ERICA DINIZ e JOSÉ ROBERTO AFONSO; *Benefícios Fiscais Concedidos (e mensurados) pelo Governo Federal*, FGV/IBRE, Rio de Janeiro, 2014, p. 25; EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *o Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 407/426; EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, “A disciplina jurídica das transferências voluntárias”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 803/820 e SILVIO APARECIDO CREPALDI

Percebe-se, portanto, que o orçamento possui um papel fundamental na estruturação do Estado, na organização e na execução das tarefas repassadas à Administração Pública. As regras e os princípios orçamentários conduzem e disciplinam a atividade financeira estatal. Nesse contexto, faz todo o sentido a afirmação feita por Horácio Guillermo Corti de que a finalidade primordial da atividade financeira do Estado é assegurar a existência empírica da Constituição¹³⁰.

No orçamento encontram-se arroladas as políticas públicas que promoverão o cumprimento das finalidades constitucionais. É por meio da ferramenta orçamental que os gestores elegem as prioridades que serão contempladas, o modo e o tempo em que serão realizadas, bem como o quanto de recursos que serão dispendidos. Nesse ponto, é necessário ressaltar, ainda, que é no orçamento que se encontra fixado o teto máximo de gastos que poderão ser realizados pelo Poder Público.

Assim, em breve síntese, o orçamento constitui o retrato do planejamento e do gerenciamento do Poder Público. Para atingir os seus objetivos o Governo utiliza-se dessa ferramenta financeira, com o propósito de desempenhar as suas funções alocativas, estabilizadoras e distributivas. O manuseio da peça orçamental pretende promover o crescimento econômico, a estabilização da moeda e o oferecimento de bens e serviços públicos não disponíveis pelo mercado, ou, se ofertados, não acessíveis a todos os cidadãos. Segundo a concepção social introduzida pela Constituição Federal de 1988, o orçamento constitui um instrumento a serviço dos governantes, para a busca de uma sociedade materialmente mais igualitária.

Não se pode olvidar, nessa linha de entendimento, que a atividade financeira do Estado representa significativo poder político e econômico¹³¹. Por sua vez, embora a tomada

e GUILHERME SIMÕES CREPALDI, *Direito Financeiro, Teoria e Prática*, op. cit., p. 277/278 e 327/338.

¹³⁰ Cf. HORÁCIO GUILLERMO CORTI, *Derecho constitucional presupuestario*, Ed. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007, p. 16 e HORACIO GUILLERMO CORTI, “*Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 127/185. O doutrinador AUGUSTINHO PALUDO (*Orçamento Público, AFO e LRF*, op.cit., p. 01) descreve a atividade financeira do Estado como um conjunto de funções em prol do atingimento dos objetivos fundamentais da República, os quais, em suma, almejam o bem-estar da coletividade. Assim também, MARCELO MINGUELLI, *Espaço público e orçamento público: o plano ético e jurídico-institucional em crise*, Revista de Direito Administrativo, v. 250, Rio de Janeiro, jan. 2009, p. 179.

¹³¹ Segundo RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 24), cerca de 40% (quarenta por cento) do Produto Interno Bruto - PIB brasileiro passa pelo orçamento público. Sobre a relevância política e econômica da peça orçamental, ver GABRIEL LORETTO LOCHAGIN, “*A unificação dos orçamentos públicos pela Constituição de 1988*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São

de decisões fiscais ou extrafiscais que acarretam gastos estatais caiba aos órgãos com competência orçamental, não se trata de uma liberalidade absoluta, desprovida de limites. Em um Estado Democrático de Direito, os atos dos representantes eleitos precisam externar a vontade soberana da Nação. A escolha alocativa dos recursos públicos precisa ser feita em consonância constitucional. Não há espaço para práticas abusivas ou de cunho eleitoreiro¹³². Em resumo, a eficácia social da Constituição Federal também depende do exercício legítimo da atividade financeira do Estado.

Sem dúvida, a análise do orçamento constitui uma tarefa essencial para o controle do poder e, por conseguinte, para o exercício da democracia. Por seu intermédio, verificam-se as limitações de naturezas qualitativa, quantitativa e finalística impostas aos gastos públicos e se tais condicionantes estão em harmonia com a Constituição. Ferramenta fundamental, mas, infelizmente, pouco desbravada na análise de casos submetidos aos Tribunais Constitucionais. Provavelmente, diante das dificuldades técnicas de se compreender o estatuto orçamental. O objetivo do presente trabalho não é esclarecer os termos técnico-contábeis do orçamento. É, tão somente, apresentar novas luzes, sob a perspectiva dogmático-jurídica, aos parâmetros de controle judicial nas demandas que pleiteiam o cumprimento dos deveres promocionais, com produção de impactos diretos a este instituto de suma importância constitucional.

Do quanto exposto até o momento, pode-se extrair a conclusão de que o orçamento público concentra os problemas centrais constitucionais do país e deve ser desenvolvido de modo a conferir coerência e unidade ao sistema constitucional. A Constituição Federal de 1988 compreendeu a sua importância. E por isso lhe concedeu extenso e detalhado tratamento. É que se verá a seguir.

Paulo, 2011, p. 196; LUCAS DE MORAES CASSIANO SANT'ANNA, *Aspectos Orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, Ed. Almedina, São Paulo, 2018, p. 42; REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 65; NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 358/361 e KIYOSHI ARADA, *Direito Financeiro e Tributário*, 16ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2007, p. 36/37.

¹³² O autor EMERSON CESAR DA SILVA GOMES (*O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 122) sinaliza preocupação, com a qual concordamos, de uma forte tendência de os governantes utilizarem-se da máquina pública em prejuízo da lisura do pleito eleitoral. Nesse sentido, não é incomum verificar, em épocas eleitorais, no Brasil, o incremento de publicidade institucional, a concessão e/ou renovação de benefícios sociais e a realização de transferências voluntárias a entes federados governados por políticos aliados. Em consonância a esse pensamento, ver RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 34). O autor chama essa prática de “*apetite orçamentívoro*”. Para a análise da temática, segundo a linha de pensamento sustentada pela escola da *Public Choice*, ver JAMES M. BUCHANAN e RICHARD WAGNER, *Public Debt in a Democratic Society*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington DC, 1967; JAMES M. BUCHANAN, *Public Choice: Politics without romance*, op. cit. e GORDON TULLOCK, ARTHUR SELDON e GORDON L. BRADY, *Government failure: a primer in public choice*, Catho Institute, Washington DC, 2002.

2.3 O tratamento jurídico conferido ao orçamento público na Constituição Federal de 1988

Em que pese à relevância do tema em torno das receitas públicas e da arrecadação tributária, o presente trabalho procura avaliar a atividade financeira do Estado Brasileiro, sob o ponto de vista dos gastos públicos. E será sob essa perspectiva que se analisará o tratamento conferido ao orçamento público pela Constituição Federal de 1988.

As questões orçamentárias foram tratadas na Carta de 1988¹³³ em título específico denominado “Da Tributação e do Orçamento”. Contudo, como se verá, existem inúmeros dispositivos esparsos no texto constitucional que tratam de matérias afetas ao tema.

No que diz respeito ao processo legislativo orçamentário, algumas considerações precisam ser feitas, mesmo que resumidamente, eis que existem especificidades.

A iniciativa das leis orçamentárias é de competência do Presidente da República¹³⁴.

¹³³ Ao tratar do sistema orçamentário pátrio é importante destacar que o Brasil adota a forma federativa na sua estruturação interna e conta com as seguintes esferas governamentais: federal, estadual e municipal, além do Distrito Federal. Trata-se de unidades federativas, com governo, estrutura administrativa e autonomia financeira próprios. No entanto, as Constituições Estaduais, as Leis Orgânicas Municipais e do Distrito Federal não podem ultrapassar os limites impostos pela Constituição Federal, inclusive no que diz respeito às competências ali descritas em seus artigos 21, 22, 23 e 24, sob pena de inconstitucionalidade. Nessa conformidade, os cidadãos submetem-se a ordenamentos jurídicos sobrepostos, mas que necessariamente devem estar em consonância. No plano internacional, somente o Estado Federal tem personalidade jurídica reconhecidamente soberana. No plano interno, os estados, o distrito federal e os municípios não podem ausentar-se da federação, salvo por vontade do ente federal. No campo orçamental, todas as esferas sujeitam-se às normas constitucionais orçamentárias dispostas na Carta Magna de 1988, bem como às leis federais que disciplinam o sistema financeiro e orçamentário no país, a exemplo da Lei nº 4.320/1964 e da Lei Complementar nº 101/2000. Ademais, cada um dos entes estatais deve editar as suas próprias leis de natureza orçamentária, quais sejam o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Outro recorte que merece atenção é na seara do controle abstrato de constitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal inadmitte a interposição de ação direta de inconstitucionalidade sobre lei municipal, mesmo que violadora da Constituição Federal. O controle abstrato, por meio dessa ferramenta processual, deve ser viabilizado perante os Tribunais de Justiça, com base nas Constituições Estaduais. Contudo, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.822/99 introduziu uma novidade à ordem jurídica, ao estabelecer a viabilidade de ajuizamento de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, perante a Corte Constitucional máxima brasileira, para fins de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos tanto federal e estadual, como municipal, que tenham descumprido preceitos fundamentais. Esse tema será novamente tratado no oitavo capítulo, ao se analisar as inovações introduzidas no ordenamento, a partir da Constituição Federal de 1988, na esfera do controle de constitucionalidade. Sobre o modelo de organização federal de Estado, ver JORGE REIS NOVAIS, *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 99/102. Sobre a temática, com enfoque orçamental, ver MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 3ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 251/252 e JOSÉ MAURÍCIO CONTI, “O Supremo Tribunal Federal e o Controle de Constitucionalidade em matéria orçamentária”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.

¹³⁴ O artigo 165 da Constituição Federal de 1988 disciplina que é de iniciativa do Poder Executivo o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

O prazo para as suas remessas ao Congresso Nacional é diverso para cada uma das modalidades orçamentárias¹³⁵. É interessante ressaltar que, diferentemente do que foi previsto na primeira Constituição Republicana, a iniciativa do Poder Executivo para a elaboração orçamental parece ser a opção adequada. Isso porque é o Governo o principal responsável pela condução da gestão administrativa do Estado. Ao executar os deveres estatais, o Executivo, mais do que qualquer outro órgão, tem condições de aferir as necessidades sociais e avaliar as insuficiências orçamentárias anteriores para melhor prever as atividades financeiras futuras.

Após a elaboração do orçamento, a sua tramitação ocorrerá perante o Congresso Nacional. Antes da votação definitiva, o orçamento passa por uma Comissão Mista Permanente, composta por Senadores e Deputados. Cabe a essa comissão o acompanhamento e a fiscalização dos estatutos orçamentários e a emissão de parecer sobre os projetos e as contas apresentadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, bem como sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição¹³⁶. A coordenação da Comissão Mista é feita por um Presidente, auxiliado por um Relator-Geral, escolhidos pelas lideranças partidárias. Internamente, a Comissão Mista é subdivida em áreas temáticas. Cada divisão setorial emitirá um relatório, que irá compor o relatório final¹³⁷.

Em seguida, com o parecer derradeiro da Comissão Mista, segue-se para deliberação parlamentar, oportunidade em que os edis podem realizar emendas nos expedientes normativos orçamentários, mas com ressalvas¹³⁸. As emendas ao projeto de Lei do Orçamento Anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso sejam

¹³⁵ O artigo 35, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT determina que, até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, o projeto do Plano Plurianual será encaminhado, no máximo, nos quatro meses anteriores do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção antes do encerramento da sessão legislativa. Por sua vez, o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias será encaminhado no prazo de oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa. No que diz respeito ao projeto de Lei Orçamentária da União, esse será encaminhado quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

¹³⁶ Cf. artigo 166, § 1º da Constituição Federal de 1988.

¹³⁷ Para um melhor aprofundamento sobre o funcionamento da Comissão Mista do Orçamento, ver GUILHERME SARAIVA, *Direito, desenvolvimento e transformações institucionais. Como o Congresso Nacional regulou a Comissão Mista de Orçamento entre 1988 e 2015?*, Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, 2017; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 296/298 e RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 437/439. Em seu posicionamento, a Assembleia Constituinte equivocou-se ao manter o funcionamento da Comissão Mista de Orçamento, tal como existente na Constituição Federal de 1967. Para ele, trata-se de opção que reflete o autoritarismo de outrora, em grave desrespeito ao papel do Plenário do Congresso Nacional, a quem compete a análise, em detalhes, das decisões orçamentárias fundamentais.

¹³⁸ Cf. artigo 166, §3º e §4º da Constituição Federal de 1988.

compatíveis com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa. Serão excluídas da possibilidade de anulação, as dotações para pessoal e seus encargos, para o serviço da dívida e para as transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal¹³⁹. No final, o orçamento é votado, pelo Congresso Nacional¹⁴⁰. Se o Parlamento não votar a Lei de Diretrizes Orçamentárias, proíbe-se o encerramento da sessão legislativa¹⁴¹. O prazo final de apreciação do Plano Plurianual e da Lei Orçamentária Anual também é o encerramento da sessão legislativa¹⁴².

A Constituição Federal de 1988 omitiu-se sobre o procedimento a seguir, em caso de não aprovação tempestiva do orçamento anual¹⁴³. Por ausência de determinação constitucional, há quem sustente a prorrogação do orçamento anterior¹⁴⁴. É comum verificar no bojo das Leis de Diretrizes Orçamentárias determinações para que haja a execução provisória da lei orçamentária anterior em matérias específicas, nas hipóteses da inércia legislativa¹⁴⁵. Situação

¹³⁹ Consoante JOSE ROBERTO RODRIGUES AFONSO, (*Memória da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas*, Revista do BNDES, v. 06, Brasília, jun./1999, p. 21), durante os trabalhos desenvolvidos pela Assembleia Constituinte, muito se discutiu em torno da possibilidade de realização de emendas pelos Parlamentares, nos textos orçamentários. A leitura trazida pelo autor é que, desde o primeiro momento, prevaleceu a relação de hierarquia entre os instrumentos orçamentários. Em ordem decrescente, prevalece o Plano Plurianual, depois a Lei de Diretrizes Orçamentárias e, por fim, a Lei Orçamentária. Assim, eventuais emendas nas leis inferiores precisavam ser compatíveis com os planos superiores.

¹⁴⁰ Cf. artigo 48, inciso II da Constituição Federal de 1988.

¹⁴¹ Cf. artigo 57, §2º do referido diploma legal.

¹⁴² Cf. artigo 35, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁴³ Segundo JOSE ROBERTO RODRIGUES AFONSO (*Memória da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas*, op. cit., p. 19/20), as consequências da não aprovação da lei orçamentária tempestivamente constituiu um tema objeto de intensos debates durante os trabalhos da Assembleia Constituinte. Houve a proposta de que, em caso de não aprovação da lei orçamentária, o Governo poderia executá-lo temporariamente, por decreto, até deliberação definitiva pelo Congresso Nacional. Contudo, a proposição não foi aprovada por cinco votos. Em razão da ausência de consenso, o texto constitucional omitiu-se sobre o tema. Interessante situação ocorreu em relação à Lei Orçamentária Anual do exercício financeiro de 1994. Apesar de ter que ser aprovado até dezembro de 1993, o referido expediente normativo somente foi votado e aprovado em novembro de 1994, um mês antes do encerramento do ano financeiro.

¹⁴⁴ Com esse entendimento, RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p.315. Em sentido contrário à possibilidade de prorrogação do orçamento anterior e pela execução do orçamento nos termos da proposta do Presidente da República, ver voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, exarado na ADIN nº 612, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 06.05.1994.

¹⁴⁵ Como exemplo, segue o quanto disposto no artigo 56 da Lei nº 13.242/2015, que estabeleceu que, caso a lei orçamentária de 2016 não fosse sancionada pelo Presidente da República até 31 de dezembro de 2015, haveria a execução provisória para o atendimento das seguintes despesas: “I- despesas com obrigações constitucionais ou legais da União relacionadas no anexo III; II- bolsas de estudo no âmbito do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação - MCTI, da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, bolsas de residência médica e do Programa de Educação Tutorial - PET, bolsas e auxílios educacionais dos programas de formação do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, bolsas para ações de saúde da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre - HCPA, bem como Bolsa-Atleta, bolsas do Programa Segundo Tempo, bolsas do Programa Nacional de Apoio ao Desenvolvimento da Metrologia,

diversa e mais grave resulta da desaprovação do orçamento pelo Poder Legislativo, o que caracterizaria um impasse institucional entre os dois Poderes da República, sem previsão de solução a ser extraída do corpo do texto constitucional.

Para além de disciplinar o processo legislativo orçamental e com o objetivo de conferir efetividade ao controle político do orçamento feito pelo Legislativo em relação ao Executivo, a Constituição Federal de 1988 previu múltiplos princípios orçamentários¹⁴⁶, tais como os da unidade e da universalidade orçamental¹⁴⁷. Significa afirmar que todas as despesas estatais precisam encontrar-se devidamente centralizadas, em documento específico, a fim de que nenhum gasto público deixe de ser autorizado e fiscalizado pelo Congresso Nacional. Porém, a ideia de consolidação contida em ambos os princípios não se restringe à mera unidade documental. O objetivo é que os estatutos reflitam unicidade na orientação política e econômica desenvolvida pela Administração. Reitere-se que não se está a falar em integração numérica, mas em uniformidade estrutural e sistêmica. Por meio dos princípios da unidade e da universalidade é possível conhecer os propósitos estatais e todas as despesas governamentais a serem realizadas no exercício fiscal seguinte para a sua concretização. Por conseguinte, consegue-se avaliar as escolhas administrativas e o estado global da situação financeira estatal, evitando-se obscuridades e/ou manobras e consolidando-se as finanças

Qualidade e Tecnologia - Pronametro e Bolsa Verde, instituída pela Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011; III- pagamento de estagiários e de contratações temporárias por excepcional interesse público na forma da Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993; I- ações de prevenção a desastres classificadas na subfunção Defesa Civil; - formação de estoques públicos vinculados ao programa de garantia dos preços mínimos; VI- realização de eleições e continuidade da implantação do sistema de automação de identificação biométrica de eleitores pela Justiça Eleitoral; VII- importação de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica, no valor da cota fixada no exercício financeiro anterior pelo Ministério da Fazenda; VIII- concessão de financiamento ao estudante; IX- ações em andamento decorrentes de acordo de cooperação internacional com transferência de tecnologia; X- dotações destinadas à aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde classificadas com o Identificador de Uso 6 (IU 6); XI- outras despesas correntes de caráter inadiável, até o limite de um doze avos do valor previsto, multiplicado pelo número de meses decorridos até a publicação da respectiva Lei; XII- ações relacionadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; e XIII- aquisições em Empresas Estratégicas de Defesa”.

¹⁴⁶ Sobre os princípios orçamentários na Constituição Federal de 1988, mencionam-se, a seguir, apenas algumas referências bibliográficas: EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 407/426; KIYOSHI HARADA, *Direito Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 94/105; REGIS FERNANDES DE OLIVIERA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 271/277 e p. 334/337; J.R.CALDAS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., p. 60/92; AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 19/29; SERGIO JUND, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, op. cit., p. 69/79; CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*, op. cit., p. 55/62; GUILHERME SARAIVA, *Direito, desenvolvimento e transformações institucionais. Como o Congresso Nacional regulou a Comissão Mista de Orçamento entre 1988 e 2015?*, op. cit., p. 05/31; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 62/83; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 258/337; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 752/758 e SERGIO MENDES, *Administração Financeira e Orçamentária*, op. cit., p. 143/156.

¹⁴⁷ Cf. artigo 165, §5º da Constituição Federal de 1988.

públicas. A importância vital desses princípios refletiu-se, inclusive, de maneira expressa, na legislação orçamentária infraconstitucional¹⁴⁸.

A anualidade da lei orçamentária tem esse mesmo espírito democrático. Obrigar a Administração a solicitar, a cada exercício financeiro, autorização do Parlamento para o dispêndio de recursos públicos¹⁴⁹.

Nessa arquitetura, tem-se o princípio da exclusividade que também foi contemplado pelo Poder Originário Constituinte. A finalidade é impedir a ocorrência das caudas orçamentárias, ou seja, a inclusão, no orçamento, de matérias alheias à natureza financeira, sem pertinência temática. Trata-se de preocupação apropriada, uma vez que as votações orçamentárias têm prazos próprios, mais céleres, e a sua discussão é de extrema complexidade, não sendo oportuno desviar o foco no momento das suas análises, com a apreciação de assuntos estranhos às finanças¹⁵⁰.

O Legislador Constituinte, conhecedor da complexidade e da relevância do tema, vetou, também, a edição de medidas provisórias sobre assuntos de natureza orçamentária, com exceção dos créditos extraordinários, para as hipóteses de despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública¹⁵¹.

Para se compreender os motivos que levaram a essa proibição, é necessário contextualizar os trabalhos desempenhados pela Assembleia Constituinte, no seu tempo e circunstância. Após duas décadas de ditadura, o papel do Poder Legislativo cresceu no processo de redemocratização. Ao restringir a atuação legislativa do Poder Executivo, a Carta Constitucional procurou manter o correto equilíbrio entre os poderes da República. O Legislador Constituinte percebeu que a análise das leis infraconstitucionais mais importantes do ordenamento jurídico não poderia ser feita, tão somente, de acordo com o posicionamento exclusivo do Chefe do Executivo. A Assembleia Constituinte entendeu pela necessidade de se

¹⁴⁸ Cf. artigos 15, 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁴⁹ Segundo CARLOS PALAIO TABOADA (*Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Colex, Madrid, 1985, p. 76): “la temporalidad del presupuesto es consustancial a esta institución: el central político del gasto público exige que la autorización para llevarlo a cabo sea periódicamente renovada. El origen y fundamento primero de la anualidad presupuestaria es, pues, de carácter político”.

¹⁵⁰ Cf. artigo 165, §8º da Constituição Federal de 1988. Ao investigar sobre a evolução histórica do orçamento no Brasil, chamou a atenção de CLAUDIANO ALBUQUERQUE, MARCIO MEDEIROS e PAULO H. FEIJÓ (*Gestão de finanças públicas*, 2ª edição, Edição do Autor, Brasília, 2007, p. 197) as inúmeras ocorrências de inclusão de temas estranhos às finanças públicas no bojo das peças orçamentais. Em grande medida, em razão da celeridade do seu processo de discussão, votação e aprovação. Dentre essas matérias, os autores citam a inclusão da Lei do Divórcio no projeto de uma das leis orçamentárias federais.

¹⁵¹ Cf. artigo 62, §1, I, d) da Constituição Federal de 1988.

intensificar o debate orçamental, caracterizado por ser repleto de nuances. E isso somente poderia ocorrer na sede parlamentar, pelos inúmeros legisladores, representantes eleitos e porta-vozes de interesses díspares, provenientes dos mais variados segmentos sociais.

Em suma, apesar das peculiaridades, essencialmente quanto à matéria e os prazos, o processo legislativo das leis orçamentárias é semelhante aos demais expedientes legais ordinários. Isto porque todas as fases que compõem o processo legislativo tradicional - iniciativa, emenda, votação, sanção ou veto presidencial - são devidamente observados no âmbito orçamental. A iniciativa para a deflagração do processo, tal como ocorre com outros expedientes legislativos¹⁵², compete ao Executivo. A sua apreciação é de competência do Congresso Nacional, que pode, com ressalvas, efetuar emendas ou até mesmo rejeitar a previsão de despesas contempladas no projeto anual do orçamento. O quórum para as votações é de maioria simples. Em seguida, o resultado da votação é submetido à sanção ou veto presidencial.

Prosseguindo-se na análise do tratamento conferido ao orçamento pela Constituição Federal de 1988, observa-se que o orçamento precisa respeitar o princípio da publicidade, indispensável ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Ao Poder Executivo recai a obrigação de publicar, até trinta dias contados do término de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária¹⁵³.

No que diz respeito à sua fiscalização¹⁵⁴, o Legislador Constituinte estabeleceu a sua realização de duas formas. O controle orçamentário será feito através das controladorias internas de cada um dos Poderes¹⁵⁵ e, externamente, pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas¹⁵⁶.

¹⁵² Cf. artigo 61, §1º da Constituição Federal de 1988.

¹⁵³ Cf. artigo 165, §3º da Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁴ É digno de nota que o Legislador Constituinte posicionou os dispositivos referentes à fiscalização financeira do orçamento no âmbito do capítulo intitulado “Do Poder Legislativo” e não no capítulo relacionado às finanças públicas.

¹⁵⁵ Consoante o artigo 74, incisos I a III da Carta Constitucional de 1988, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, um sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, assim como a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União. Ademais, a controladoria interna deve verificar o cumprimento da legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial.

¹⁵⁶ Os artigos 70 e 71, inciso I do referido diploma legal preveem que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas, em conformidade aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. No processo de controle, o parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República deverá ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento.

Sobreleva ressaltar que as decisões do Tribunal de Contas não vinculam os posicionamentos do Parlamento, que possui liberdade para se posicionar no momento em que exerce o controle político sobre o Governo. Por outro lado, o Tribunal de Contas não pode ser concebido como um órgão subserviente ao Poder Legislativo. Trata-se de um órgão essencial ao regime democrático e ao sistema de freios e contrapesos. Por esse motivo, possui estrutura própria e atribuições previstas constitucionalmente, as quais não dependem de autorização ou de provocação do Poder Legislativo para serem desempenhadas.

E, tal como ocorreu nas Constituições Federais de 1891, 1934, 1946 e 1967, manteve-se a previsão a respeito da responsabilização criminal do Presidente da República por atos atentatórios às leis orçamentárias¹⁵⁷.

Pouco a pouco, percebe-se que o Legislador Constituinte delineou, no corpo do texto constitucional, o sistema orçamentário constitucional. Contemplou o seu processo legislativo, com algumas especificidades; estabeleceu princípios, a exemplo da unidade, universalidade, anualidade e exclusividade orçamental; conferiu os contornos a serem observados no momento da sua fiscalização e disciplinou os mecanismos de responsabilização, em caso das coisas não transcorrerem como o previsto.

Para organizar essa nova sistemática, a Constituição previu, ainda, que o orçamento público seja exposto através de três expedientes normativos: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. O desmembramento provocado pelos três estatutos visa disponibilizar ao Estado mecanismos estratégicos e, também, operacionais para o cumprimento dos objetivos constitucionais, por meio de ações desenvolvidas a curto, médio e longo prazo. Repartição que não retira a funcionalidade política do instituto. Todo e qualquer gasto público somente poderá ser feito pelo Governo, após constar no orçamento e ser autorizado pelo Congresso Nacional.

Do exposto, constata-se que o grande legado deixado pelo Legislador Constituinte, nos assuntos orçamentários foi introduzir um sistema orçamentário nacional que possui organicidade e coerência com todo o texto constitucional, principalmente com os seus fundamentos e objetivos¹⁵⁸. Com base nessa unidade sistêmica é possível concluir que a

¹⁵⁷ Cf. artigo 85, VI da Carta Constitucional de 1988.

¹⁵⁸ No relatório final da Assembleia Constituinte, o então Deputado José Serra afirmou que a Constituição Federal de 1988 trouxe avanços na área das finanças públicas, na medida em que promoveu um aumento significativo da transparência e da abrangência do processo orçamentário, inclusive na sua dimensão regional, além do fortalecimento do papel do Poder Legislativo e dos organismos de controle externo. Cf. JOSE

atividade financeira do Estado não pode ser concebida como uma atividade desgovernada, de execução aleatória e subjetiva. É imperativo que as despesas governamentais sejam realizadas em observância aos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade.

2.4 Legalidade, legitimidade e economicidade

Não há dúvida de que em um Estado de Direito os ideais republicanos devem pautar os comportamentos estatais, sejam eles comissivos ou omissivos.

E como pensar em Estado de Direito sem que o Poder Público respeite o princípio da legalidade? Como conduzir as ações governamentais e efetivar as despesas públicas sem direcioná-las em prol dos objetivos constitucionais e a favor de todos os cidadãos que estejam em igualdade de condições?

No que diz respeito aos dispêndios públicos não há mágica a ser feita. Para dispor do erário, o Poder Público precisa ter amparo legal, visar ao bem comum e manuseá-lo com racionalidade, para atender, com qualidade, o máximo possível das demandas diante do quadro de escassez recursal. Em outras palavras, o Poder Público precisa gastar bem.

E como tem sido a percepção dos brasileiros em relação aos dispêndios públicos?

A Fundação Getúlio Vargas, por meio da sua Diretoria de Análise de Políticas Públicas, realizou um estudo intitulado “Por que um orçamento público transparente e efetivo seria benéfico ao país?”, publicado em outubro de 2014, em que aferiu o nível de satisfação dos brasileiros em relação aos serviços públicos ofertados à população¹⁵⁹. Para viabilizar a pesquisa, foi preciso restringir o seu objeto. No universo dos serviços prestados pelo Estado, foram selecionadas as áreas de educação, saúde, segurança pública e transportes. O resultado revelou um cenário de grande descontentamento. Das pessoas consultadas, 67% (sessenta e sete por cento) encontravam-se insatisfeitas com a educação, 73% (setenta e três por cento) com os transportes públicos, 79% (setenta e nove por cento) com os serviços de saúde e 80% (oitenta por cento) com a segurança pública. O que não deixa de ser paradoxal, uma vez que a arrecadação tributária tem vivenciado reiterados aumentos, na última década.

ROBERTO RODRIGUES AFONSO, *Memória da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas*, op. cit. p. 06.

¹⁵⁹ Disponível em: <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2015/12/1_Proposta-para-um-orcamento.pdf>. Acesso em: 03.03.2018. Sobre o tema, ver também <<https://www.google.com.br/amp/s./extra.globo.com/noticias/brasil/pesquisa-da-fgv-mostra-que-renda-melhorou-mas-populacao-cobra-qualidade-dos-sevicos-12595734.html%3fversa=amp>>. Acesso em: 03.03.2018.

A Diretoria de Análise de Políticas Públicas analisou os gastos públicos autorizados nas leis orçamentárias federais durante os anos de 2001 a 2014 e constatou um aumento exponencial nas dotações. Segundo a pesquisa, os acréscimos orçamentais passaram de R\$ 918 bilhões (novecentos e dezoito bilhões de reais), em 2001, para mais de R\$ 1,74 trilhão (um trilhão, setecentos e quarenta bilhões de reais), em 2014. Ocorre que apesar do incremento do recolhimento tributário e das dotações orçamentárias, a população continua insatisfeita, com a sensação de que algo não vai bem. O que a pesquisa revela é que mais da metade dos entrevistados concluíram que os resultados provenientes das políticas públicas nas áreas de educação, transportes, saúde e segurança pública são insuficientes, pois não atendem, a contento, às suas demandas.

De fato, a boa governança financeira está diretamente conectada aos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, ferramentas previstas de forma expressa na Carta Constitucional e desenvolvidas para nortear toda e qualquer atividade financeira do Governo¹⁶⁰. Tais ditames constitucionais possuem as funções de conferir unidade ao sistema, de limitar a discricionariedade governamental e servem, ainda, como critério interpretativo, desenvolvendo função integradora das lacunas existentes no ordenamento jurídico¹⁶¹.

Interessante notar a complexidade do orçamento público e a necessidade da sua contínua conexão com o Estado Democrático de Direito. Afinal, trata-se de lei fundamental do Estado. Em seu bojo, constam justamente os compromissos públicos assumidos pelo administrador e validados pela sociedade, através da aprovação legislativa. Pela sua importância e força normativa, não há como a sua elaboração, execução e controle se desenvolverem à margem dos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade. Não há espaço para o orçamento contemplar promessas vãs, tampouco previsões fictícias, fúteis ou, até mesmo deletérias. A peça orçamental precisa se pautar na realidade, ser

¹⁶⁰ Cf. artigo 170, caput, da Constituição Federal de 1988. Ao tratar dos princípios inerentes à boa administração financeira, EDUARDO PAZ FERREIRA (*A regra da unidade de Tesouraria e a Boa Gestão Financeira do Setor Público*, Coimbra Editora, Lisboa, 2012, p. 683) enfatiza que os princípios da economia, da eficiência e da eficácia precisam estar presentes. Esses, aliás, constituem desdobramentos dos princípios da legalidade financeira e da justiça na repartição dos encargos públicos. Verdadeiros instrumentos voltados para a persecução do interesse público. A respeito do tema, consultar, ainda, FLAVIO TUDISCO, “*Direito, política, orçamento: enfrentamento de dogmas contingentes*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1135/1155.

¹⁶¹ Os autores PAULO OTERO (*Legalidade e Administração Público – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, op. cit., p. 1102/1103) e PAULO BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 283/284) citam as funcionalidades acima referidas como funções dos princípios gerais de direito administrativo. Segundo o nosso entendimento, os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, essenciais ao manuseio das finanças públicas, também possuem essas funcionalidades.

compatível com o ordenamento jurídico e com os objetivos constitucionais. Não basta a sua existência formal e a sua aparente legalidade. O gestor tem que executá-la com a máxima responsabilidade e produzir resultados que atendam, de fato, às necessidades públicas. Os gastos públicos precisam ter efetividade social.

Pode-se dizer, portanto, que, juntamente aos demais princípios que regem a Administração Pública¹⁶², os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade constituem parâmetros inafastáveis à gestão pública. O administrador precisa respeitá-los e exercê-los, no manuseio do erário público. De igual forma, as instituições de controle precisam levá-los em consideração no momento em que efetuam as fiscalizações financeiras que lhe cabem.

2.4.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade constitui um dos princípios mais emblemáticos do constitucionalismo. Ele representa a vitória do Estado de Direito sobre o absolutismo. Trata-se de uma garantia de que todos os atos governamentais se submetam ao crivo da população, representada pelos parlamentares. Em uma perspectiva liberal, pode-se afirmar que são as leis que asseguram o exercício dos direitos contra o arbítrio estatal¹⁶³.

Esse princípio basilar, sustentáculo do Estado de Direito, busca conferir racionalidade, confiança, previsibilidade, transparência e clareza às relações existentes entre os indivíduos e o Estado. Ao respeitar o princípio da legalidade, promove-se, em grande medida, a segurança jurídica, a igualdade e a proteção da confiança¹⁶⁴. Por seu intermédio, o

¹⁶² Vide artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶³ Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*, 7ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2000, p. 714. Ver, ainda, BRUNO MITSUO NAGATA, “A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 357/383.

¹⁶⁴ Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança encontram-se estreitamente conectados. Ambos refletem as ideias em torno da credibilidade, da previsibilidade, da clareza, da transparência e da racionalidade. Em nosso entendimento, a segurança jurídica se refere aos elementos objetivos na concretização do direito, tais como estabilidade, transparência e clareza. O princípio da proteção da confiança, por sua vez, finca-se na concepção subjetiva das relações jurídicas, especificadamente no campo da previsibilidade e da credibilidade dos efeitos jurídicos dos atos. Independentemente de se buscar diferenciá-los, uma coisa é certa: os atos emanados pelo Poder Público, em um Estado de Direito, precisam respeitar os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança. Sobre o tema, ver ainda JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*, op. cit., p. 257. Sem isso, nos dizeres de JORGE REIS NOVAIS (*As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 816/817), “o indivíduo converter-se-ia, com violação do princípio

poder é exercido de forma limitada e justificada, submetido a uma pauta normativa preestabelecida pelos representantes eleitos dos próprios cidadãos e não pela vontade pessoal de uma única autoridade.

Certo é que os indivíduos somente poderão organizar as suas vidas e definir as suas ações, com maior autonomia e autodeterminação, se souberem, previamente, com clareza e transparência, o que esperar do Estado. Nessa conformidade, é preciso saber o que lhes é vedado pelo Poder Público, assim como o que lhes será exigido e o que lhes será proporcionado na seara jurídica.

No âmbito financeiro, o princípio da legalidade é crucial. Ao tempo que surge como um norteador da atividade administrativa, também se apresenta como um viés limitador. Os cidadãos têm ciência de que restrições na sua órbita financeira somente poderão ocorrer mediante lei. De outro lado, ao ter que respeitar o princípio da legalidade, o Poder Executivo percebe que não pode gastar os recursos arrecadados da população aleatoriamente, sem aprovação prévia por parte dos parlamentares, seus representantes diretos. Todas as ações governamentais encontram vinculação ao ordenamento jurídico-constitucional. Constatase, portanto, que mesmo a atuação discricionária do Governo em matéria orçamentária tem limites.

O princípio da legalidade orçamentária também traz um viés procedimental. É necessário o cumprimento do processo legislativo orçamental para que os gastos públicos sejam, ao final, concretizados pelo Governo. A Constituição Federal foi omissa quanto ao procedimento a ser seguido nas hipóteses de não aprovação tempestiva do orçamento. Contudo, é da cultura legislativa brasileira suprir tal omissão através de regramento específico a ser previsto no corpo da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Desse modo, caso o orçamento não seja aprovado em tempo, o Governo continua limitado a executar os seus gastos de acordo com as autorizações concedidas a ele, através da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Ainda sob o aspecto procedimental do princípio da legalidade, é imprescindível o cumprimento, pelo Poder Público, dos procedimentos legais previstos para a realização dos dispêndios públicos. Para gastar, o Executivo terá, necessariamente, que obedecer às três fases das despesas públicas, caracterizadas pelo empenho¹⁶⁵, pela liquidação¹⁶⁶ e, ao final, pelo seu

fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal”.

¹⁶⁵ Como dito anteriormente, o objetivo do presente trabalho não é analisar, sob o aspecto técnico-contábil o orçamento e as despesas públicas. Para um maior detalhamento sobre o tema ver AUGUSTINHO

efetivo pagamento¹⁶⁷.

Ademais, o princípio da legalidade também pode ser concebido sob uma perspectiva global¹⁶⁸. A norma orçamentária deve atentar-se para as questões atreladas à macroeconomia, à responsabilidade fiscal e à sustentabilidade intergeracional. Como exemplo dessa concepção global da legalidade no ordenamento jurídico brasileiro, citam-se as previsões constitucionais que determinam a aplicação de recursos mínimos em ações de saúde¹⁶⁹ e educação¹⁷⁰. De igual forma, mas com o objetivo de conter o déficit público em prol das futuras gerações, a Constituição fixou o teto máximo para os gastos com folhas de pagamento, no Poder Legislativo Municipal¹⁷¹. De fato, trata-se de determinações legais que disciplinam os gastos

PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 239/250; J. R. CALDAS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., 188/194; JOÃO BATISTA FORTES DE SOUZA PIRES, *Contabilidade pública. Orçamento Público. Lei de Responsabilidade Fiscal – teoria e prática*, 6ª edição, Ed. Franco e Fortes, Brasília, 2001, p. 134; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 319/331 e SERGIO MENDES, *Administração Financeira e Orçamentária*, op. cit., 309/341. Contudo, para que haja entendimento das informações descritas no texto, passa-se a explicar, sucintamente, os seus significados. Entende-se como empenho de despesa o ato emanado pela autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento, nos termos do artigo 58, da Lei nº 4.320/64, que regulamenta as normas gerais do Direito Financeiro para a elaboração e para o controle dos orçamentos. Segundo o artigo 60, do referido diploma legal, é proibido realizar despesas públicas sem empenho. O empenho é classificado em ordinário, estimativo e global. Por ordinário, entende-se o empenho utilizado para despesas de valor fixo e previamente determinado, pagas em uma única oportunidade. Por estimado, compreende-se o empenho cujo montante não pode ser previsto antecipadamente. Por fim, o empenho global é aplicado para as despesas sujeitas a parcelamento.

¹⁶⁶ A liquidação é o segundo estágio da despesa pública. Corresponde ao processo de verificação do direito sustentado pelo credor, tendo como base os títulos e documentações que comprovem o respectivo crédito. Busca apurar a origem e o objeto do que se deve pagar; a quantia exata do pagamento e o seu respectivo destinatário. Nessa conformidade, para se liquidar uma despesa é usualmente verificado o contrato ou documento que gerou a negociação pública, a nota de empenho e o comprovante de fornecimento de bem ou de prestação de serviço. A fase de liquidação encontra amparo legal no artigo 63, da Lei nº 4.320/64.

¹⁶⁷ O pagamento corresponde à última etapa da despesa. Consiste na entrega do numerário avençado ao credor. E, somente poderá ser realizado, após devidamente cumpridas todas as fases anteriores de empenho e liquidação da despesa pública, nos termos dos artigos 60 e 62, da Lei nº 4.320/64.

¹⁶⁸ Essa interessante concepção, com a qual concordamos do princípio da legalidade no âmbito orçamental, também denominado de “legalidade agregada” foi trazida por EMERSON CESAR DA SILVA GOMES (*O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 263/268).

¹⁶⁹ O artigo 198, §2º da Constituição Federal de 1988, disciplina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos. No caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não pode ser inferior a 15% (quinze por cento). No caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

¹⁷⁰ O artigo 212, caput, da Carta Constitucional de 1988 determina que a União aplique, anualmente, percentual superior a 18% (dezoito por cento), e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹⁷¹ O artigo 29-A, §1º da Constituição Federal de 1988 proíbe a Câmara Municipal de gastar percentual superior a 70% (setenta por cento) da sua receita com folha de pagamento, incluindo o gasto com o subsídio de seus vereadores.

públicos, sob uma perspectiva ampla, para o atendimento de um objetivo maior, os quais precisam ser respeitados pelo gestor governamental no momento da execução orçamentária.

Outro desdobramento importante se refere ao princípio da reserva de lei. Por meio desse conceito, objetiva-se definir um conjunto de matérias que somente podem ser reguladas por intermédio de lei. O orçamento é uma dessas matérias. A sua relevância para a comunidade justifica a preocupação da Assembleia Constituinte em destinar a sua apreciação final por um poder, cuja legitimação política é inquestionável e absolutamente representativa. Logo, deve ser aprovado pelo Parlamento, por meio de lei ordinária. Nessa conformação político-jurídica, a Administração somente poderá gastar se for devidamente autorizada por lei formalmente constituída, ou seja, pela lei orçamentária.

A prevalência da lei em detrimento aos atos administrativos é ditada pela própria Constituição Federal. Em seu texto há restrição para a atribuição legiferante complementar exercida pelo Executivo. Como já mencionado quando se investigou o tratamento constitucional concedido ao orçamento público pela Carta de 1988, assuntos orçamentários não podem ser objeto de medidas provisórias, à exceção de situações extraordinárias. De igual forma, os demais atos de natureza financeira de atribuição do Executivo não poderão contrariar os estatutos orçamentários, que possuem preferência e superioridade hierárquica.

Além da necessidade de prévia autorização legal para a concretização da despesa e da necessária conformidade entre os atos executivos financeiros e os estatutos orçamentais, o Governo encontra outra limitação decorrente do princípio da reserva de lei. Para executar as suas despesas, não pode ultrapassar o teto das dotações consignadas na lei orçamentária. A abertura de créditos suplementar e adicional também não pode ser feita sem prévia autorização legislativa e sem a indicação dos recursos correspondentes. Os ajustes em relação às dotações insuficientes ou não previstas, no curso da execução orçamentária, têm que ser admitidos por lei, com exceção dos créditos extraordinários. Por fim, a avaliação e a responsabilização dos agentes serão fortemente norteadas pelo princípio da legalidade. Nessas bases, a imputação criminal somente tem amparo no ordenamento, mediante a existência de lei prévia que descreva a conduta praticada, com todos os elementos do tipo.

Verifica-se, portanto, que o princípio da legalidade ultrapassa as fases de elaboração e de aprovação do orçamento e atinge todas as demais etapas do ciclo orçamentário. E apesar de cada vez mais se falar na superação da ideia clássica de separação de poderes e se verificar, na prática, a progressiva diminuição do papel do legislador em detrimento do incremento do

poder normativo do Executivo, certo é que os limites em matéria orçamentária estabelecidos pelo Poder Constituinte e pelo Parlamento, em sede infraconstitucional, devem sim ser observados pela Administração.

2.4.2 Princípio da Legitimidade

A introdução do princípio da legitimidade como parâmetro para o controle da atividade financeira do Estado constitui uma inovação introduzida pela Carta Constitucional de 1988.

Embora presente nas constituições pretéritas brasileiras, inclusive nos períodos ditatoriais, o princípio da legalidade, em seu viés clássico, não foi capaz de sozinho controlar o poder político e conter a prática de irregularidades nos gastos públicos. Com essa afirmação, não se está retirando o valor e a importância da legalidade no Estado de Direito e no processo de fiscalização da atividade financeira estatal. Contudo, para fiscalizar os dispêndios públicos, o controle precisava contar com reforços. E, esse suporte foi trazido pela Constituição Federal de 1988, ao prever, expressamente, o princípio da legitimidade.

Mas por que o estrito controle de legalidade não é suficiente para promover a boa governança financeira e estancar os eventuais desvios?

Porque o dinamismo e a complexidade do mundo moderno se refletem no campo das finanças públicas, a ponto de uma nova visão do direito constitucional-orçamentário, sedimentada nos deveres de responsabilidade e de compromisso orçamental, se revelar indispensável. O direito financeiro não mais se limita a números, cálculos contabilísticos e ao cumprimento de procedimentos e regras formais. A gestão administrativo-fiscal precisou se modernizar para se compatibilizar a essas transformações. A Administração Pública passa a ter que assegurar o cumprimento dos objetivos constitucionais. Precisa, com os recursos escassos de que dispõe, produzir resultados efetivos para uma sociedade que cada vez mais tem as suas necessidades e anseios multiplicados. Na construção dessa difícil obra de engenharia institucional, o Estado Fiscal deve harmonizar a sua atuação com os valores e princípios éticos e jurídicos. Não se trata de mera indicação, sem consequências jurídicas. O ato de gastar necessita, mais do que nunca e por imperativo constitucional, de justificação, de legitimidade moral e cívica.

É claro que é impossível não indagar se, de fato, princípios como a legitimidade e a

moralidade precisam estar consagrados de maneira explícita na Carta Máxima da República para serem respeitados pelos governantes. Será que é preciso dizer ao administrador, por meio do texto constitucional, que a sua conduta e as suas decisões alocativas devem guardar conformidade aos valores da equidade e da probidade? É possível desconectar as ações governamentais da ideia de justiça, principalmente em um ordenamento jurídico-constitucional que possui como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária?

De súbito, a resposta tende a ser negativa. Com efeito, não é necessário dizer o que parece soar tão óbvio. Contudo, é preciso conter a impulsividade e refletir, de forma crítica, sobre a sociedade, sobre a política e sobre a democracia construída, no país, ao longo de quase cento e trinta anos de história republicana.

Em uma concepção aristotélica da ética, a virtude ocupa posição central. Contudo, o caminho virtuoso é árduo. O homem, considerado individualmente ou em sua convivência coletiva, é sempre falível. Assim, é preciso, de tempos em tempos, rever comportamentos, rediscutir os erros e recompor os pilares sociais, em prol de um futuro sempre mais promissor. Nesse processo, a sociedade pode optar por corrigir as falhas do sistema através de diversos mecanismos. O direito é um deles.

A democracia constitucional na obra de Ronald Dworkin avalia essas questões. Para ele, o Estado de Direito comprometido com a garantia substantiva dos direitos permite que sejam acrescidas às regras formalizadas, conteúdos valorativos, atrelados ao ideal de justiça, os quais podem ser fornecidos pela moralidade política. Essa nova concepção jurídico-política parte do pressuposto de que existem direitos e deveres morais que, apesar de nem sempre se encontrarem explicitamente consagrados no ordenamento, devem ser considerados pelos seus operadores. Nessa conformidade, os argumentos focados em princípios devem fundamentar a decisão política, em franca demonstração de que a escolha pública respeitou os valores cruciais do cidadão. Trata-se de formular uma leitura moral da Constituição. De se conceber o direito como integridade¹⁷².

¹⁷² Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002; RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2001 e RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2006. É válido frisar que o jurista americano faz uma distinção entre os argumentos de princípios e os argumentos de política. No primeiro caso, se as questões forem levadas ao Judiciário, os juízes podem rever as decisões tomadas pelos demais poderes para fazer valer, no caso concreto, os direitos morais dos cidadãos, ainda que contrariamente às escolhas da maioria política. De outro lado, o mesmo não ocorre em relação às *policies*, que almejam atender os interesses gerais. No campo coletivo, das políticas públicas, os juízes não estão autorizados a se envolver.

Ao consagrar de forma expressa o princípio da legitimidade como parâmetro para a fiscalização das finanças do Estado, o Legislador Constituinte reforçou, através da ferramenta constitucional, a ideia de que a legitimidade é a “justificação ética do poder¹⁷³” e que precisa ser observada por todos, inclusive e principalmente, pelos detentores diretos desse poder.

Se de um lado, o princípio da legitimidade robustece o controle da atividade financeira do Estado, na medida em que introduz outros elementos, de caráter substancial, baseado em premissas éticas¹⁷⁴, de outro, traz ao ordenamento um conceito de elevado grau de abstração. É preciso, portanto, definir minimamente qual seja o conteúdo jurídico do novo princípio apresentado pelo Legislador Constitucional, sob pena de conferir-lhe um efeito meramente retórico.

Uma prática comum, na política brasileira, pode servir como exemplo da conduta ilegítima do administrador. Verdadeiro resquício da concepção patrimonialista local, o Brasil convive com o nepotismo¹⁷⁵. Trata-se da utilização indevida do poder exercido por um agente

¹⁷³ Cf. RODRIGO BORJA, *Enciclopedia de La Política*, 2ª edição, Fondo de Cultura Econômica, 1998, p. 1040, *apud* EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 277. Ao desenvolver uma avaliação da democracia crítica, GUSTAVO ZAGREBELSKY (*A crucificação e a Democracia*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 155) rejeita a ideia de que o povo nunca se equivoca ou que sempre age de forma justa e escoreita. Por isso, a necessidade de o sistema conter ferramentas que reconduzam as ações individuais, inclusive daqueles que exercem o poder, para o caminho da ética e da moral. A respeito da temática, ver GUILHERME BUENO DE CAMARGO, “Governança Republicana e orçamento: as finanças a serviço da sociedade”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 769/784.

¹⁷⁴ Para JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 463/465), a legitimidade é a legalidade incrementada de valores. Nem tudo que é legal é legítimo, sendo necessário fazer um exame de mérito, dentre os quais sobre as prioridades dos gastos públicos. Sobre a necessidade de se conceber o orçamento em premissas éticas, ver RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 58/63; CRISTIANA FORTINI, “Controle judicial dos contratos administrativos: controle da legitimidade do gasto público pelo Poder Judiciário”, In Cristiana Fortini, Júlio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias, *Políticas Públicas. Possibilidades e limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 41/48 e JUAREZ FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2004, p. 76.

¹⁷⁵ É válido frisar que, no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal – STF manifestou-se sobre o tema e editou a Súmula Vinculante nº 13, com o seguinte teor: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Nessa conformidade, em 04 de junho de 2010, o então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, editou o Decreto sob nº 7.203/2010 e vetou a prática do nepotismo no âmbito da administração pública federal. Sem desmerecer o expediente normativo expedido pelo Executivo, duas observações devem ser feitas. A primeira é de que tal prática já se revelava inconstitucional, por violar frontalmente os princípios da impessoalidade, da moralidade e da legitimidade. Não por acaso, o Ministério Público brasileiro ajuizou inúmeras ações civis públicas por atos de improbidade administrativa em desfavor de gestores que insistiam em desrespeitar os ditames constitucionais, antes mesmo da edição da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. É digno de destaque o trabalho feito pelo Ministério Público do Estado da Bahia, através de campanha de combate ao nepotismo no serviço público, denominada “Diga não ao

público para viabilizar a contratação, a nomeação ou o favorecimento de parentes, por vínculos de consanguinidade ou de afinidade. O nepotismo pode ocorrer de forma direta, quando a autoridade nomeia seu próprio parente ou de forma cruzada. Nessa hipótese, há uma troca de favores entre os agentes públicos, de maneira que um favoreça o parente do outro.

Ao praticar nepotismo, o agente público viola, frontalmente, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Em nome do Estado e às expensas dele, estabelece prioridades pessoais e as transforma em ações públicas. Comete, sem sombra de dúvida, comportamento eivado de ilegitimidade. Assim, pode-se afirmar que comportamentos governamentais praticados com desvio de poder e de finalidade comprometem o princípio da legitimidade.

No âmbito específico das despesas públicas, considera-se, ainda, como dispêndio ilegítimo aquele que não é executado de forma racional, sem consonância à situação social e econômica do país e aos fins e às prioridades selecionados no orçamento.

Situação interessante ocorreu no mês de dezembro de 2016 e pode exemplificar a legitimidade sob esse viés. O Palácio do Planalto lançou, no Diário Oficial de 19 de dezembro de 2016, um certame licitatório com o propósito de adquirir alimentos a serem servidos nos aviões que atendem à Presidência da República. Chamou a atenção o fato de o edital convocatório descrever produtos de luxo, com marcas específicas. O valor estimado da licitação foi de R\$ 1,75 milhão (um milhão e setecentos e cinquenta mil reais). Imediatamente, a imprensa nacional¹⁷⁶, além da própria população rechaçou o certame. Diante da repercussão negativa, a Presidência da República determinou, ainda no mês de dezembro de 2016, o cancelamento da licitação prevista para ocorrer em janeiro, do ano seguinte. Segundo pronunciamento proferido pelo Ministro-Chefe da Casa Civil, o Chefe do Poder Executivo também orientou que os custos dos serviços a serem licitados fossem substancialmente reduzidos.

No ano de 2016, o país viveu um cenário caracterizado por turbulências políticas e econômicas. A crise na economia foi provocada pelo aumento da dívida pública, pela

nepotismo”, deflagrada no dia 27 de novembro de 2006. A segunda observação que precisa ser feita é de que apesar da Súmula Vinculante e da edição do Decreto Federal, tais práticas persistem, no país, até os dias atuais. Sobre o tema nepotismo, consultar o site da Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/etica-e-integridade>>. Acesso em: 10.12.2016.

¹⁷⁶ Na lista de produtos, encontravam-se sorvetes da marca Haagen-Dazs e cremes de avelã da marca Nutella. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/planalto/lanca/licitacao/1,75/milhao/para/comida/avioes/da/presidencia>>. Acesso em: 02.01.2017.

estagnação do crescimento e pelo desemprego. Na política a situação foi igualmente crítica. Em 31 de agosto de 2016, a Presidente da República Dilma Rousseff sofreu impeachment, sob a acusação de prática de crimes de responsabilidade fiscal. A crise econômica retirou a sustentabilidade política da Presidente que, por sua vez, prejudicou ainda mais a situação da economia. Um processo cíclico e interdependente. Diante desse quadro de instabilidades política e econômica, verifica-se que a situação financeira do Estado, no ano de 2016, foi precária, assim como a situação econômica dos cidadãos. Nesse cenário, embora existisse autorização legal para a realização da despesa, o Executivo encontrou dificuldades para explicar, perante a população, a aquisição de produtos supérfluos e de marcas de luxo. Pode-se afirmar, desse modo, que a Presidência da República teve dificuldades para justificar a legitimidade dos gastos.

Certo é que, no plano constitucional, a gestão pública recursal não pode ser dissociada de certos parâmetros que, quando analisados conjuntamente, podem contribuir muito no processo de definição do conteúdo e do alcance do princípio da legitimidade. Critérios que perpassam pelo exercício regular do poder, pelo interesse público, pelo bem comum¹⁷⁷, pelo uso racional dos recursos públicos, pela avaliação da conjuntura econômica e social e pela hipossuficiência daqueles que serão beneficiados com os gastos.

Assim, o controle da legitimidade vai além do controle de legalidade em sua visão clássica. Tem como objetivo verificar se um conjunto de valores consagrados pela sociedade e abraçados pela Constituição Federal foi observado pelo administrador na hipótese do caso concreto. Avaliar a gestão pública orçamentária em compatibilidade com o princípio da legitimidade é verificar se não houve desperdício do erário, se as alocações foram racionais, justas e se atenderam à ordem prioritária estabelecida na Carta Magna. Em suma, se as escolhas alocativas do Governo não almejem atender as finalidades constitucionais e não se encontrarem amparadas nos ideais de justiça, de probidade, de dignidade da pessoa humana e

¹⁷⁷ Os conceitos de bem comum e de bem-estar geral trazem em si a ideia de conveniência e de assentimento social. Buscar o bem comum é atender aos anseios e às necessidades da sociedade. Contudo, é inegável que tais conceitos são dotados de vagueza. Ao avaliá-los não se consegue extrair conteúdos jurídicos absolutamente inequívocos. Interessante apontamento é feito por MARCOS CALDEIRA (*Actos Políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, Lisboa, 2014, p. 33) ao reconhecer que embora vago, o conceito de bem comum não é de todo inútil. Ainda que sem uma definição precisa, o seu emprego na situação concreta contribui para o reconhecimento de que algumas situações podem ser mais injustas que outras, eis que dissonantes dos valores de segurança, justiça e bem-estar, já tão bem defendidos por São Tomás de Aquino.

de equidade, certamente tais decisões padecerão de ilegitimidade¹⁷⁸.

Nesse sentido, vem à memória os apontamentos de Étienne de La Boétie¹⁷⁹, ao afirmar que o que garante a uma pessoa a certeza de poder contar com um amigo é o conhecimento a respeito da sua integridade, bondade natural, fidelidade e constância. Para ele, não cabe amizade onde não há lealdade e justiça. Nesse sentido, utilizando-se dos ensinamentos do filósofo e humanista francês, pode-se afirmar, *mutatis mutandis*, que o que torna um Governo legítimo é o reconhecimento da sua integridade, bondade, fidelidade e constância. Não se pode conceber um Governo sem que haja lealdade e justiça.

2.4.3 Princípio da Economicidade

Ao procurar uma instituição financeira para ali depositar as suas economias, o indivíduo espera que o banco zele pelo seu dinheiro, lhe proporcione o máximo possível de rendimentos e lhe preste contas, periodicamente. Administrar recursos não é uma tarefa simples. Exige responsabilidade.

Quando esses recursos pertencem à coletividade a preocupação não é diferente. Ao contrário. Deve ser ainda maior. Não se pode falar em gerenciar recursos públicos, sem que haja probidade, transparência e eficiência.

É sabido que a gestão pública é complexa e precisa administrar múltiplos interesses. Ademais, em um Estado intervencionista como o brasileiro, os deveres estatais de proteção e de prestação são inúmeros. Como o Estado pode atender a todas as suas obrigações? Como dar conta disso e ainda ter reservas para casos excepcionais e imprevisíveis, a exemplo do que ocorreu com o atendimento das famílias que tiveram bebês com microcefalia, provocados pela epidemia do *zika* vírus, no país? Como socorrer a população da cidade de Mariana, após o maior desastre ambiental nacional¹⁸⁰?

¹⁷⁸ O princípio da legitimidade está diretamente atrelado à noção de integridade. Para PAULO BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 127/140), o Estado de Direito na sistemática contemporânea pertence aos direitos fundamentais e às garantias que a Carta Magna assegura pelas vias processuais. É mais o Estado de Direito da legitimidade do que propriamente da legalidade. Assim também, EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O direito dos gastos públicos no Brasil*, op. cit., p. 277/295; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Legitimidade e Discricionariedade*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989, p. 05/06 e MARIA D'OLIVEIRA MARTINS, *A despesa pública justa. Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública*, op. cit., p. 279/284.

¹⁷⁹ Cf. ÉTIENNE de LA BOÉTIE, *Discurso sobre a Servidão Voluntária*, op. cit.

¹⁸⁰ Em 05 de novembro de 2015, ocorreu na cidade mineira de Mariana o rompimento da barragem conhecida pelo nome de “Fundão”, pertencente à mineradora Samarco. Conhecido como o maior desastre

Um dos caminhos possíveis é aumentar a arrecadação do Estado, por meio da cobrança de tributos. Contudo, o Brasil é um dos países recordistas mundiais em arrecadação tributária. Essa solução poderia dirimir parcialmente o problema, mas em troca de um oneroso e excessivo esforço para grande parte dos contribuintes, o que não seria aceito, sem resistência, pela população.

Assim, o Poder Público precisa focar em outras soluções. Os deveres em torno da boa governança financeira exigem modernização dos mecanismos de gestão. A nova concepção da Administração Pública faz com que modelos burocráticos sejam substituídos ou, ao menos complementados, por modelos gerenciais já aplicados na iniciativa privada, ainda que com as adaptações necessárias. Tudo em busca de desempenho e de resultados dotados de eficácia, eficiência e efetividade¹⁸¹.

Significa afirmar que novos caminhos devem ser desbravados. Caminhos que permitam que o Estado obtenha o máximo desempenho com o menor custo possível. Assim, compatibilizar as ilimitadas necessidades públicas com os escassos recursos públicos exige do administrador uma atuação pautada na legalidade e na legitimidade, mas também com enfoque na economicidade da gestão governamental¹⁸².

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se com o tema. Ao longo do texto

ambiental do país, o acidente em Mariana liberou 62 (sessenta e dois) milhões de metros cúbicos, aproximadamente, de dejetos minerais sobre o Rio Doce, em grave prejuízo aos ecossistemas e à população em geral, principalmente a que dependia da atividade pesqueira para sobreviver. A lama contendo substâncias tóxicas invadiu cidades situadas às margens do rio e destruiu residências, estabelecimentos públicos e comércios. Os solos correm grave risco de ficar com a sua fertilidade comprometida por prazo não definido.

¹⁸¹ Cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Apointamentos sobre a Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 16/18; MARIA D'OLIVEIRA MARTINS, *A despesa pública justa. Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública*, op. cit., p. 281/282 e VALMOR SLOMSKI e URSULA DIAS PERES, "As Despesas Públicas no Orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública", In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 911/932.

¹⁸² O autor JOSÉ SILVA LOPES ("Crise Econômica e políticas públicas" In Eduardo Paz Ferreira, João Amaral Tomaz, José Gomes Santos e Nazaré da Costa Cabral (Orgs.), *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas*, Instituto de Direito Econômico, Financeiro e Fiscal, Ed. Almedina, Coimbra, 2010, 1º Painel, p. 55) ressalta a importância da incidência do princípio da economicidade no orçamento público, principalmente em tempos de crise. Para o autor português, em momentos de dificuldades econômicas, os governos costumam se utilizar de medidas que promovam o incremento dos investimentos públicos. O objetivo é fomentar a produção e revitalizar a criação de empregos. Tais medidas, utilizadas inclusive em Portugal, somente são salutareias se houver escolha criteriosa do tipo de investimento a ser concretizado. Se bem selecionado, há potencial real de ampliação da capacidade produtiva e da melhora da competitividade no mercado. Contudo, para o autor, esses investimentos, nas bases *keynesianas*, podem comprometer o crescimento econômico, principalmente das gerações futuras. Para ele, a seleção dos investimentos deve basear-se em análises como as de custos-benefícios.

constitucional há menção, em vários dispositivos¹⁸³, de princípios que permitem aferir o desempenho estatal no exercício das suas funções. O recado repassado pela Constituição é no sentido de que o Estado precisa agir com prudência, sem desperdícios. E quando gastar, fazê-lo bem. Atender aos cidadãos com o menor custo possível. Corresponder à utilização dos recursos públicos arrecadados por meio de processos de minimização de custos e gastos.

Sobre essa temática é interessante apontar para um problema recorrente na Administração Pública brasileira. Não é incomum verificar a contratação pública de bens e de serviços por meio de certames licitatórios, cujos preços referenciais encontram-se acima dos usualmente pactuados na iniciativa privada. Para coibir tais desvirtuamentos é importante que os gestores atuem com cautela, no momento das compras públicas. Para evitar gastos desnecessários, o Poder Público deve efetuar cotações, obter dados referenciais realistas e, somente após, realizar os procedimentos de licitação. É preciso não só economizar, gastar menos, como principalmente não concretizar despesas que sejam consideradas superestimadas, se comparáveis aos preços de mercado¹⁸⁴. Entretanto aqui é importante fazer outra observação. Nem sempre o menor custo deve ser o critério preponderante na escolha governamental.

Imaginemos a situação em que um Município decide adotar providências para economizar com as despesas relativas à merenda escolar. Ao pensar em alternativas para

¹⁸³ O artigo 37, caput, da Constituição Federal prevê que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. De igual forma, o artigo 70, do referido diploma legal dispõe que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta a ser realizada pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas deve respeitar os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade. No artigo 74, incisos I e II da Carta Constitucional consta a determinação de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistemas de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União. De mesmo modo, precisam verificar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

¹⁸⁴ O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre o tema, no Acórdão nº 454/2014, Rel. Min. Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, DO de 25.03.2015. Tratava-se de fiscalização dos gastos feitos pelo Poder Público com a construção de um anel rodoviário na cidade de Rio Branco, no estado do Acre. O objeto da lide discutia a regularidade da aquisição de serviços por valores acima dos preços praticados no mercado. A empresa contratada defendia a contratação, sob o argumento de que os valores da sua proposta estavam em conformidade com o limite máximo do valor global estabelecido no edital licitatório. Contudo, o Tribunal de Contas da União assim não entendeu. Em seu voto, o Ministro Relator afirmou que: “Cabe ressaltar, ainda, no que tange ao argumento da empresa citada solidariamente, segundo o qual os preços de sua proposta estavam em consonância com o limite máximo do valor global fixado no orçamento elaborado por técnicos do Denacre que, se por um lado o valor global máximo serve de parâmetro para apreciação das propostas da licitação, por outro, torna-se necessário, para que haja atendimento ao critério legal previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, que os preços praticados na licitação e no referido orçamento reflitam os preços praticados no mercado, sob pena de não isentar de responsabilidade por eventual sobrepeço ou superfaturamento, tanto o agente público que pratica ato irregular como o privado que dele se beneficia”.

diminuir os seus custos, o administrador decide adquirir os produtos de gênero alimentício de um estabelecimento comercial que consegue fornecê-los com preços mais competitivos, uma vez que não os refrigera adequadamente, o que lhe traz uma redução nas suas contas de energia elétrica.

Ou para atender a necessidade de promover reformas na estruturação de escolas da rede pública de ensino, a Secretaria de Educação de um município licita e contrata a empresa vencedora do certame, a qual, sem a fiscalização devida da Administração, se utiliza de materiais de construção de baixa qualidade, apenas para se desincumbir do encargo contratual. No meio do ano letivo, muitas das salas de aula desses colégios apresentam infiltrações e riscos de desabamento, exigindo novas reformas do Poder Público, em prejuízo ao andamento regular das atividades escolares.

Suponhamos, também, a hipótese em que um Município decide rever as suas despesas com o fornecimento de medicamentos. Ao verificar a lista dos pacientes usuários do sistema público de saúde percebe que a aquisição de remédios destinados a um pequeno grupo de pacientes terminais é responsável pela maior parte dos dispêndios públicos. Assim, considerando que se trata de pacientes com curto tempo de vida, o gestor municipal decide economizar e comprar produtos farmacêuticos com o prazo de validade expirado e, portanto, mais baratos, para serem disponibilizados.

Por fim, na esfera da segurança pública, imaginemos o caso em que o gestor, para atender as exigências impostas pelo Judiciário de fornecimento de tornozeleiras eletrônicas¹⁸⁵ a pessoas que estejam em situações de prisão domiciliar, realiza a compra dos equipamentos por um preço abaixo do mercado. Todavia, os preços negociados são inferiores, justamente porque os carregadores das tornozeleiras não mais são compatíveis com o novo Padrão Brasileiro de Plugues e Tomadas e, por conseguinte, não poderão ser utilizados pelos seus usuários.

Em todas essas situações os serviços públicos foram prestados. O Poder Público os adquiriu com o menor custo. Porém, o Estado gastou bem ao adquirir alimentos mal conservados, remédios vencidos, ao financiar reformas em escolas, com materiais de pouca durabilidade e ao adquirir equipamentos de segurança pública que não poderão ser usados de

¹⁸⁵ A utilização de tornozeleiras eletrônicas foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 12.258/2010, para fins de monitoramento eletrônico de pessoas presas em regime diverso do privativo de liberdade.

forma contínua? Evidentemente que nesses casos, a resposta somente pode ser negativa. Não basta o Poder Público demonstrar que realizou gastos, assim como não é suficiente que a despesa corresponda ao menor valor possível. A realização meramente matemática e formal dos gastos públicos não é garantia de satisfação das necessidades públicas. A ideia em torno da economicidade não pode se limitar ao menor custo, tampouco se sobrepor aos princípios da legalidade e da legitimidade. Tal princípio presume equilíbrio racional entre custos e benefícios, porém não há como dissociá-lo dos demais métodos de aferição de resultados, a exemplo da eficiência e da eficácia, igualmente assegurados constitucionalmente¹⁸⁶.

É importante frisar que apesar desses princípios servirem para a medição do desempenho estatal, há diferenças entre eles. A economicidade almeja obter o melhor resultado legitimamente possível pelo menor custo, em uma determinada conjuntura econômica. A eficiência busca relacionar os serviços e bens disponibilizados frente os recursos empregados. Por fim, a eficácia corresponde ao grau de atendimento dos objetivos traçados¹⁸⁷. Os seus desenvolvimentos devem ser concebidos como um elo de uma cadeia, sem os quais a efetividade social dificilmente pode ser adequadamente atingida. Uma engrenagem que se movimenta em conjunto e sempre em prol de objetivos maiores, de assento constitucional e/ou legal. A despesa pública não constitui um fim em si mesmo. É um meio pelo qual o Estado executa o seu plano de atuação governamental.

Nesse sentido, ainda com base nos exemplos apresentados, deve-se fazer uma avaliação dos gastos públicos sob um viés substantivo. É preciso questionar se as despesas, mesmo que com o menor custo possível e, portanto, compreendidas como econômicas, são capazes de promover a qualidade da saúde, da educação e da segurança pública e não apenas

¹⁸⁶ Interessante apontamento é feito por RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 279/280). Para o doutrinador, o princípio da economicidade é um princípio vazio, meramente formal, na medida em que almeja o equilíbrio entre o mínimo de gastos e o máximo de receitas. Segundo o entendimento do financista, não se extrai do conteúdo deste princípio qualquer determinação material. Por essa razão, Ricardo Lobo Torres sustenta que a leitura a se fazer em relação ao princípio da economicidade é no sentido de acoplar a ele os outros elementos de aferição econômica. Para OLÍVIO MOTA AMADOR (“*O Dilema Teleológico do Orçamento nun contexto de incerteza*”, In José Duarte, Antonio Menezes Cordeiro, Jorge Miranda e Eduardo Paz Ferreira, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. II – *Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ed. Almedina, Coimbra, 2010, p. 637/ 642), a tomada da decisão orçamental, seja no momento da sua elaboração, seja na fase executória, deve ser mais técnica e menos política. Principalmente, em razão da escassez recursal predominante em contextos de incerteza econômica.

¹⁸⁷ Sobre a diferenciação entre as dimensões do resultado do gasto público ver EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O Direito dos gastos públicos no Brasil*, op. cit., p. 297/317; EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 323/326 e LUCIANO BENETTI TIMM, “*Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 51/62.

justificar o cumprimento formal de deveres constitucionais impostos ao administrador.

É justamente para saber se os dispêndios governamentais atingiram resultados concretos, no atendimento das demandas da sociedade, que a presença de índices oficiais de desempenho é essencial. Em outras palavras, a efetividade das políticas públicas depende grandemente de o sistema dispor de indicadores capazes de promover a aferição do rendimento estatal. Na educação, por exemplo, o índice de desempenho da educação básica, chamado de IDEB constitui uma importante ferramenta. Por seu intermédio, analisam-se as taxas de distorção idade-série, as taxas de aprovação, as taxas de evasão escolar, as taxas de analfabetismo, inclusive funcional e a proporção de alunos com aprendizado adequado para determinada fase escolar, entre outros elementos de avaliação.

A introdução do princípio da economicidade como um dos critérios para o desenvolvimento e, posterior, fiscalização da atividade financeira do Estado visa, portanto, buscar racionalidade e equilíbrio nos gastos públicos. No entanto, a busca pela economicidade, pela eficiência e pela eficácia não abre flancos para soluções contrárias ao Estado de Direito ou inaptas para a produção dos resultados delas esperados, como nas situações exemplificadas acima. Trata-se de um princípio vinculado à ideia de justiça orçamentária, que busca alcançar, qualitativamente, objetivos legítimos, mediante o menor custo com os melhores benefícios, estendo-os ao maior número possível de pessoas. Não se pode, portanto, conceber o princípio da economicidade sem interpretá-lo de forma sistemática com os demais dispositivos constitucionais, inclusive com os princípios da legalidade e legitimidade.

2.5 A tríade orçamentária

A Constituição Federal de 1988 estruturou o sistema orçamentário brasileiro em três níveis, representados por meio de três leis ordinárias. São elas, o Plano Plurianual - PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária Anual - LOA¹⁸⁸.

Cada um dos estatutos orçamentos possuem matérias e objetivos distintos, como se verá a seguir. De início, os estudos sobre esses instrumentos precisam considerar a seguinte premissa: Trata-se de etapas diferentes de um mesmo processo de desenvolvimento do

¹⁸⁸ Os estatutos que compõem o arcabouço em torno do orçamento público estão previstos no artigo 165, da Constituição Federal de 1988.

orçamento público¹⁸⁹.

No entanto, a natureza do vínculo mantido entre a tríade orçamental é objeto de intenso debate doutrinário. Parte significativa da doutrina defende a existência de um vínculo jurídico-constitucional de natureza hierárquica entre os três expedientes¹⁹⁰. Nessa conformidade, a Lei Orçamentária está subordinada à Lei de Diretrizes Orçamentárias. E, acima de ambas, encontra-se o Plano Plurianual.

O fundamento para os doutrinadores que sustentam esse posicionamento é extraído da interpretação que realizam dos dispositivos constitucionais que tratam do tema. Para eles, a Constituição Federal estabeleceu, por meio de diversos dispositivos, uma relação de hierarquia e sujeição entre os instrumentos legislativos orçamentários. Afinal, é previsto, expressamente, a compatibilidade dos orçamentos fiscais e de investimentos de empresas, bem como de todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais ao Plano Plurianual. Ademais, essa conformação também foi exigida como condição para a realização de emendas parlamentares aos projetos de leis orçamentárias. Por essa razão, defendem que o Plano Plurianual é uma espécie legal supraordenadora em relação à Lei de Diretrizes Orçamentárias e à Lei Orçamentária Anual, uma vez que dita os pressupostos normativos dessas últimas. Como efeito, é possuidora de eficácia derogatória em relação à lei de diretrizes e o estatuto orçamentário anual, ainda que essas sejam instituídas posteriormente. No plano mais alto, o Plano Plurianual é concebido como uma lei reforçada, a qual a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual devem respeito. Trata-se de uma relação de

¹⁸⁹ Dos três instrumentos do processo de planejamento orçamentário, a Lei de Plano Plurianual foi a que levou mais tempo para ser regulamentada pela Assembleia Constituinte. Contudo, desde o início, a sua função básica de correlacionar e integrar os planos e orçamentos encontrava-se delineada, segundo JOSE ROBERTO RODRIGUES AFONSO, *Memória da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas*, op. cit., p.14.

¹⁹⁰ Enaltecendo a relação hierárquica do Plano Plurianual sobre os demais expedientes orçamentários, ver CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários Constituição do Brasil*, Vol. VI, Tomo II, 2ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 282/285. Para os doutrinadores, o Plano Plurianual não trata apenas de meras sugestões de caráter desenvolvimentista, mas impõe ao Poder Público, restrições à sua ação intervencionista, bem como define parâmetros para as programações que resultem em despesas e receitas vinculadas para mais de um exercício. Nessa conformidade, os planos, por serem mais amplos, prevalecem hierarquicamente sobre as leis orçamentárias anuais naquilo em que cuidar da mesma matéria. Trata-se de um vínculo jurídico-material, sendo a ordem de indicação do artigo 165 preferencial. Em outra oportunidade, mas sustentando o mesmo entendimento, ver CELSO RIBEIRO BASTOS, *O planejamento na Constituição*, Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, nº 31, São Paulo, jun. 1989 e JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 235. Em defesa do vínculo jurídico hierárquico existente entre o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária, ver também RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 78 e CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*, op. cit., p. 63/65.

superioridade, cuja primazia é extraída diretamente da Constituição¹⁹¹.

De outro lado, há entendimento diverso a essa linha de pensamento, sob o argumento de que a relação hierárquica entre os expedientes normativos orçamentários confere um tratamento verticalizado, rígido e estático no tempo. E, por essa razão, desconforme, em grande medida, às mutabilidades e complexidades inerentes ao sistema econômico e fiscal. Ademais, não haveria o que se falar em leis de natureza reforçada, uma vez que o legislador constituinte tratou a todos como expedientes ordinários, concedendo-lhes esferas distintas, embora complementares, de competência. A compatibilidade mencionada no texto constitucional deve ser interpretada de forma mais flexível, como uma relação horizontal, de coordenação e integração mútuas¹⁹².

A partir dessa leitura conjuntural, há quem defenda que a relação entre o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária é de mero direcionamento político do primeiro em relação às demais, sem consequências jurídicas¹⁹³.

¹⁹¹ Essa linha de entendimento recebeu forte influência do doutrinador JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*A Lei do Orçamento, Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Número Especial, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1979, p. 559/560) que sustenta que: “se considerarmos a possibilidade de a lei de orçamento poder conter inovações materiais, parece que o problema não será já o de uma simples aplicação do princípio da legalidade, mas o da relação entre dois actos legislativos equiordenados, sob o ponto de vista formal, e em que um é alcançado por um plano de superioridade funcional e orgânico. A contrariedade ou desconformidade da lei do orçamento em relação às leis reforçadas, como é a lei de enquadramento do direito financeiro colocar-nos-ia perante um fenómeno de leis ilegais ou, numa perspectiva, de inconstitucionalidade indireta”. Sobre essa mesma abordagem, ver, ainda, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2º volume, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 466.

¹⁹² PARA JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (*Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 362/369) mais do que uma relação hierárquica, entre a Lei das Grandes Opções do Plano e a Lei do Orçamento existe uma relação de harmonização ou de ordenação. Assim também, GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, GUILHERME D’OLIVEIRA WALDEMAR MARTINS e MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *A Lei de enquadramento orçamental anotada e comentada*, 2ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2009, p. 114/115; ANTONIO L. DE SOUSA FRANCO e GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa – Ensaio interpretativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 403/405; J.R.CALDAS, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., p. 93 e LUCAS DE MORAES CASSIANO SANT’ANNA, *Aspectos Orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, op. cit., p. 43. Interessante apontamento foi feito por ALBERT WATERSTON (*Os dilemas do planeamento*, Revista de Administração Municipal, v. 20, nº 117, Rio de Janeiro, mar./abr. 1973, p. 39/40) anteriormente à Constituição Federal de 1988. Para ele, os instrumentos para a implantação do modelo de planeamento a longo e médio prazos, principalmente quando concebidos de maneira rígida, não promovem mudanças significativas nos países da América Latina. A concretização dessa estrutura sistêmica depende de estabilidade política e econômica, incomuns nos países em desenvolvimento, o que prejudica a sua força normativa. Sobre a temática, ver também LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO, “Rumo ao orçamento impositivo: a delimitação da ação administrativa pelas leis orçamentárias”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 385/432, e JOSÉ MAURÍCIO CONTI, “Iniciativa legislativa em matéria financeira”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 283/307.

¹⁹³ PARA RODRIGO OLIVEIRA DE FARIA (“PPA versus orçamento: uma leitura do escopo, extensão e integração dos instrumentos constitucionais brasileiros de planeamento”, In José Maurício Conti e Fernando

Em nosso entendimento há um vínculo não apenas político, mas também jurídico entre os estatutos orçamentários¹⁹⁴. O Legislador Constituinte promoveu uma conformação lógica e teleológica entre eles, de condicionamento dos instrumentos mais específicos para o atingimento dos projetos de médio e longo alcance. Contudo, essa relação não deve ser desenvolvida de forma estática. Trata-se de uma relação dinâmica, sistêmica e interdependente. Com efeito, a Constituição Federal apresentou uma perfeita integração e compatibilidade entre o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, a fim de garantir uma ação estatal planejada. O sistema está encadeado para que, periodicamente, sejam definidos e implementados os projetos governamentais. Primeiramente, escolhem-se os grandes objetivos pretendidos pelo Estado, de execução e consequências estendidas por vários anos. Em seguida, estabelecem-se as prioridades, entre as metas e os objetivos propostos. Por último, diante das prioridades previamente identificadas, selecionam-se as ações de curto prazo que serão executadas. Ao serem elaborados e executados, os estatutos orçamentários precisam manter uma linha de comunicação, sendo inegável a função diretiva, ainda que de pequena intensidade, do Plano Plurianual frente aos demais expedientes normativos orçamentários.

Portanto, entendemos que a leitura interpretativa que se extrai dos dispositivos constitucionais é de conformidade, de interdependência funcional entre a tríade orçamental. Há uma a força jurídica ainda que de densidade fraca¹⁹⁵ e não, apenas, uma relação de

Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 661/688) os três instrumentos normativos brasileiros de planejamento e orçamento se relacionam horizontalmente, através de ligações de coordenação e articulação, para o fim de garantir a compatibilidade estabelecida pela Constituição Federal de 1988. No entanto, para o autor, não existe hierarquia entre elas, uma vez que o legislador constituinte disciplinou para cada um dos expedientes um campo específico, embora complementar, de competência. Para compatibilizá-los e dar cumprimento às finalidades neles almejadas, os poderes com competência orçamental devem se articular politicamente. Analisando o direcionamento político dos estatutos orçamentários, em Portugal, ver também LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editorial, Coimbra, 2001, p. 79/80.

¹⁹⁴ O Tribunal Constitucional de Portugal teve oportunidade de analisar o tema, no acórdão nº 529/2001. Em resumo, o Presidente da Assembleia Legislativa Regional da Madeira requereu a apreciação e declaração da inconstitucionalidade do capítulo 1.3 contido no anexo da Lei das Grandes Opções do Plano para o ano de 2001. Ao analisar a vínculo jurídico do referido expediente, decidiu-se que: “Seja como for, facto é que as Grandes Opções do Plano, pese a sua dimensão marcadamente 'prospectiva', não deixam-se de revestir-se de uma certa, ainda que bastante limitada, 'vinculatividade' jurídica imediata, enquanto condicionantes de outros actos do poder público (face a cujos autores – poderá pois dizer-se se perfilam, assim, como uma regra de conduta). Eis quanto basta para que inscrevendo-se elas, ou o 'documento' que as contém, por outro lado, num acto que assumam 'forma' de lei – as mesmas Opções não devam excluir-se do âmbito do conceito de 'norma', relevante para efeitos de controlo do Tribunal Constitucional. Só que, quanto vem de referir-se aplica-se apenas, e justamente, às Grandes Opções do Plano: essas 'opções' uma vez aprovadas pela Assembleia da República, é que passam a condicionar a elaboração de planos e – sobretudo – a elaboração do Orçamento”.

¹⁹⁵ Interessante contributo foi dado por CARLOS BLANCO DE MORAIS (*As Leis Reforçadas – As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*,

articulação política entre os estatutos orçamentais. Nesse aspecto é essencial que cada um dos expedientes contenha densidade suficiente para deles se extrair comandos normativos que atendam às suas finalidades constitucionais. Infelizmente, no Brasil, percebemos que o Plano Plurianual tem sido desvirtuado com frequência, uma vez que contempla prescrições demasiadamente abertas, sem que se possa extrair, do seu bojo, planejamentos mais precisos e criteriosos. O efeito de tal prática recorrente no país é a baixa densidade normativa do estatuto, o que compromete a sua própria efetividade.

2.5.1 O Plano Plurianual

O Plano Plurianual é uma inovação da Constituição Federal de 1988, com o propósito de alocar recursos públicos de modo eficiente e racional. Trata-se de um instrumento de planejamento governamental, que disciplina, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes, como despesas de custeio¹⁹⁶, bem como para os programas que tenham duração continuada.

Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 801/807). Ao analisar o vínculo entre a Lei das Grandes Opções do Plano e a Lei do Orçamento, o autor sustenta que a Lei de Grandes Opções do Plano é irrevogável pela Lei do Orçamento. Isso porque existe entre elas uma parametricidade material, de caráter diretivo, ainda que de intensidade mínima. Apesar de o novo texto deixar claro existir uma relação de harmonia entre ambas, trata-se de uma compatibilidade unilateral da Lei das Grandes Opções em relação à Lei do Orçamento e não de uma conformação recíproca. Ainda, segundo o doutrinador, as revisões constitucionais portuguesas contribuíram para uma desvalorização da Lei das Grandes Opções do Plano, na medida em que a transformaram em “lei cartaz”, de baixa densificação. Sobre essa temática, TIAGO DUARTE (*A Lei por detrás do orçamento. A questão constitucional da lei do orçamento*, Coleção Teses, Ed. Almedina, Coimbra, 2007, p. 205/206) aduz que as inovações introduzidas pelo legislador da revisão constitucional portuguesa não souberam “blindar” a lei das grandes opções em matéria de planejamento. O autor reconhece o caráter paramétrico da lei de grandes opções em relação à lei do orçamento, mas destaca a falta de rigidez nos dispositivos contidos na primeira, o que compromete a efetiva salvaguarda da sua função parametrizadora. Para MARIA D’OLIVEIRA MARTINS (*A despesa pública justa. Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública*, op. cit., p. 249/250), as alterações introduzidas na Constituição Portuguesa instituíram, de forma expressa, que o orçamento deve ser elaborado em harmonia com as grandes opções. Para ela, embora seja inegável uma “força passiva” do primeiro em relação ao segundo, a supremacia da Lei das Grandes do Plano não pode ser vista em sentido tão rigoroso, alertando para a existência de uma baixa densidade existente nesse estatuto. De outro giro, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (*Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, op. cit., p. 362/369) sustentam que a relação entre ambas é mais de coordenação do que de subordinação. No entanto, não deixam de destacar que dificilmente ocorreriam contradições jurídicas quanto à essência de ambas, em virtude da Lei de Grandes Opções do Plano conter natureza genérica e qualitativa e a Lei do Orçamento ter natureza quantitativa e mais específica. Na doutrina pátria, JOSE AFONSO DA SILVA (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 750/751) afirma que há parametricidade entre os estatutos orçamentários, mas que se trata de uma vinculação dinâmica e contínua, não de mera justaposição de planos. Para o autor, a depender das suas densidades, os planos mais globais têm mais ou menos potencial para direcionar os mais específicos, de modo que a execução destes leva à concretização daqueles.

¹⁹⁶ Despesas de capital correspondem aos dispêndios efetuados pelo Estado para a aquisição ou valorização de um bem de capital. Despesas correntes, por sua vez, constituem os gastos de custeio para a manutenção de um bem de capital.

O prazo de vigência do Plano Plurianual é de quatro anos. Logo, o expediente retrata as pretensões governamentais, devidamente organizadas em programas, de caráter macro. Contempla os objetivos de médio e longo prazo, instituídos com o propósito de promoção do desenvolvimento do país¹⁹⁷. A partir do Plano Plurianual, a sociedade sabe - ou deveria saber - o que esperar do Governo para os próximos anos. Afinal, embora existam situações emergenciais e imprevisíveis, é essencial que o Estado defina com clareza os seus objetivos. Metaforicamente, pode-se afirmar que o papel desempenhado pelo Plano Plurianual corresponde ao de um maestro que rege a sua orquestra¹⁹⁸.

No que diz respeito a sua tramitação, o encaminhamento do instrumento deve ser feito ao Congresso Nacional até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial, concluindo-se ao final do primeiro ano do mandato presidencial subsequente. Percebe-se, portanto, uma preocupação com a continuidade das ações estatais, ainda que haja alteração no comando do Poder Executivo.

Os planos nacionais, regionais e setoriais a serem desenvolvidos no país, tais como os planejamentos setoriais nas áreas da educação¹⁹⁹, as diretrizes e bases do planejamento

¹⁹⁷ O autor RICARDO LOBO TORRES (Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, op. cit., 81) ressalta a retomada da importância de instrumentos como o Plano Plurianual nos países que compõem a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, como a Inglaterra, Suécia, Dinamarca e Nova Zelândia. O objetivo dessa releitura institucional é conferir maior transparência aos gastos públicos e direcioná-los de forma estratégica, em prol da estabilidade econômica e fiscal. Nessa conformidade, MARCO ANTONIO HATEM BENETON, “O Plano Plurianual, os contratos administrativos e a Teoria do Diálogo das Fontes: os exemplos de elos entre o Direito Financeiro e o Direito Administrativo”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 601/617. Questionando a utilidade do Plano Plurianual, no Brasil, ver OSWALDO MALDONADO SANCHES, *Processo Orçamentário Federal: Problemas, Causas e Indicativos de Solução*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 32, nº 126, Brasília, abr./jun. 1995, p. 09/31.

¹⁹⁸ Desde a Constituição Federal de 1988, foram aprovados sete Planos Plurianuais. O primeiro foi relativo ao período de 1991-1995. Em seguida, vieram: Plano Brasil em Ação (1996-1999); Avança Brasil (2000/2003); Um Brasil de Todos (2004-2007); Desenvolvimento com Inclusão Social e Educação de Qualidade (2008-2011) e o Plano Mais Brasil (2012-2015). O Plano Plurianual referente ao período de 2016-2019 iniciou-se em um momento de crise econômica e fiscal, no país. Na mensagem enviada pela Presidente da República ao Congresso Nacional, ficou claro que o objetivo do plano era promover uma sociedade inclusiva, democrática e igualitária, com foco na educação, no respeito à diversidade e no combate à extrema pobreza. De igual forma, o expediente pretendia transformar a economia do país, conferindo-lhe maior solidez, dinamismo e sustentabilidade. No bojo do estatuto orçamentário foram definidos quatro eixos e vinte e oito diretrizes estratégicas.

¹⁹⁹ O artigo 214 da Constituição Federal de 1988 dispõe que: “A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I- erradicação do analfabetismo; II- universalização do atendimento escolar; III- melhoria da qualidade do ensino; IV- formação para o trabalho; V- promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI- estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto”.

econômico equilibrado²⁰⁰ e os planos de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social²⁰¹, devem estar em conformidade com as metas e os objetivos descritos no Plano Plurianual. A regra é que o plano mais global abarque os planos mais específicos.

Nessa conformidade, nenhum plano nacional, regional e setorial de desenvolvimento, assim como nenhum programa cuja execução ultrapasse um ano poderá ser iniciado sem inclusão do Plano Plurianual. O que se pretende é harmonizar as ações governamentais e os demais estatutos orçamentários para a execução de objetivos e metas concebidos sob uma perspectiva ampla, os quais, pela sua dimensão e complexidade, necessitam de prazo superior ao exercício financeiro para a sua efetiva concretização.

Ademais, as emendas parlamentares aos projetos da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual precisam ser compatíveis ao Plano Plurianual. Há a necessidade, portanto, de que os esforços governamentais realizados diuturnamente estejam voltados para o mesmo objetivo comum, definidos, de forma coesa, no âmbito do Plano Plurianual.

Outro apontamento necessário a esse estatuto orçamentário é que a sua elaboração deve ser feita de maneira regionalizada²⁰². Significa dizer que o Plano Plurianual definirá o planejamento que o Governo propõe para cada uma das cinco regiões brasileiras. Não se pode negar de que se trata de um grande desafio. O Brasil é um país de dimensões continentais e que se desenvolveu desigualmente²⁰³. Por outro lado, a veiculação da elaboração do Plano Plurianual em conformidade às realidades regionais é salutar para o país. Sem prejuízo das tentativas estatais, não se pode ignorar que o Estado precisa promover a integração desenvolvimentista nacional, a partir das diferenças regionais e não apesar delas, uma vez que

²⁰⁰ O artigo 174, §1º da Constituição Federal de 1988 prevê que: “A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

²⁰¹ O artigo 21, inciso IX da Constituição Federal disciplina que compete à União: “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”.

²⁰² Durante os trabalhos da Comissão que discutia o sistema tributário, orçamentário e financeiro entendeu-se que a redução das desigualdades regionais correspondia a assunto de extrema relevância e que a simples inclusão do tema, como princípio norteador do Plano Plurianual poderia ser insuficiente para a realização de medidas efetivas sobre a questão. Assim, a proposta foi levada à votação final que determinou a regionalização do Plano Plurianual como regra, segundo JOSE ROBERTO RODRIGUES AFONSO (*Memória da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas*, op. cit., p.18).

²⁰³ A região sudeste, que engloba as duas cidades mais populosas do país, São Paulo e Rio de Janeiro, produz 55,2% (cinquenta e cinco vírgula dois por cento) do Produto Interno Bruto - PIB brasileiro. Por outro lado, a região norte, com a maior extensão territorial, equivalente a 42% (quarenta e dois por cento) do território nacional, representa o pior índice de participação no produto interno bruto nacional, aproximadamente de 5,3% (cinco vírgula três por cento), conforme dados tabulados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, no ano de 2012. Disponível em: <<http://www.ftp.ibge.gov.br/contas-regionais/2012/ods/tab01-2002-2012-ods.zip>>. Acesso em 24.02.2016.

o mercado dificilmente o faria voluntariamente.

As cinco regiões do país, tão diversas cultural e geograficamente, são repletas de deficiências, fruto de um processo histórico não linear, composto por reiteradas instabilidades políticas e econômicas. Para promover um crescimento equilibrado entre as regiões brasileiras são necessárias modificações profundas. De avanços na área de infraestrutura à implementação de políticas públicas que fomentem o desenvolvimento social, com impactos diretos na economia e nas finanças públicas. O atendimento de um projeto de tamanha magnitude exige tempo, recursos e uma ação estratégica que conheça as diferenças regionais e as saneie, setorialmente, em favor do progresso nacional. Ao exigir que o Plano Plurianual seja concebido de forma regional, pretendeu-se olhar, a médio e longo prazo, para esses diferentes “Brasis” contidos em um único território soberano.

O Plano Plurianual é o estatuto que direciona a máquina estatal e com ela, indubitavelmente, a sua atividade financeira para o atingimento de objetivos comuns. Esses resultados não são conseguidos sem que as ações governamentais sejam desempenhadas com solidez, continuidade e efetividade. É preciso planejamento estratégico e o desenvolvimento de um modelo de gerenciamento com objetivos claros, com os deveres dos seus órgãos gestores bem especificados, para que os custos e os resultados possam, ao final, serem efetivamente aferidos.

Em suma, o Plano Plurianual tem como principal função a definição transparente das finalidades, das metas e dos resultados a serem atingidos por intermédio de ações elaboradas de forma estratégica, com custos devidamente definidos. Conclui-se que esse estatuto orçamentário serve de ponte para unificar o planejamento, a gestão e o orçamento. Por seu intermédio, os recursos públicos serão alocados para as atividades e programas considerados prioritários, de acordo com as especificidades regionais. Além disso, o expediente é uma importante ferramenta de controle social do poder político. A definição das metas e dos objetivos governamentais que são descritos em seu conteúdo confere transparência às pretensões do Governo e facilita a sua fiscalização pela população. Por conter essa visão estratégica os instrumentos plurianuais orientam as demais leis orçamentais, mas como dito anteriormente, não se trata de uma relação estática. O vínculo exercido pelo Plano Plurianual em relação aos demais estatutos orçamentários é dinâmico, permanente e contínuo.

2.5.2 A Lei de Diretrizes Orçamentárias

Tal como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias foi introduzida de forma inédita ao ordenamento jurídico pátrio, através da Constituição Federal de 1988.

Para a sua elaboração, o Governo tem até a data de 15 de abril de cada ano para o envio da Lei de Diretrizes Orçamentárias ao Parlamento. Na casa legislativa, o projeto será deliberado e votado em prazo não superior ao encerramento do primeiro período da sessão legislativa. Por força da importância desse estatuto, a Constituição Federal estabelece que a sessão legislativa não seja interrompida, enquanto não houver a sua devida aprovação pelo Congresso Nacional²⁰⁴.

Concebida como uma prévia do orçamento propriamente dito e com a finalidade de ampliar a participação do Parlamento na deliberação orçamentária, a Lei de Diretrizes Orçamentária corresponde a um planejamento anual que tem a função de orientar a Lei Orçamentária Anual²⁰⁵, o que reforça a compatibilidade existente entre a tríade orçamental. Enquanto o Plano Plurianual norteia a Lei de Diretrizes Orçamentárias, esta, por sua vez, direciona o plano mais concreto, qual seja a Lei Orçamentária Anual. Em suma, trata-se de um plano prévio, baseado em avaliações econômicas e sociais, para a posterior feitura da lei anual do orçamento.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias também tem como finalidade definir as metas e as prioridades a serem implantadas pela Administração Pública, no exercício financeiro

²⁰⁴ Cf. artigo 57, §2º da Constituição Federal de 1988.

²⁰⁵ Essa ideia, conforme JOSE ROBERTO RODRIGUES AFONSO (*Memória da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas*, op. cit., p.15), surgiu na Comissão Temática denominada Sistema Tributário, Orçamento e Finanças da Assembleia Constituinte, para que o Poder Executivo tivesse como subsídio, no momento da confecção da Lei Orçamentária Anual, parâmetros e nortes já devidamente aprovados pelo Poder Legislativo. Para JOSÉ MAURÍCIO CONTI (*LDO é instrumento eficiente para a administração pública*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/contas-vista-ldo-instrumento-util-gestao-administracao-publica>>. Acesso em: 12.04.2018), a ideia inicial da Assembleia Constituinte era de um orçamento bianual. Contudo, a concepção não vingou. A partir disso, apresentou-se o projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias, concebido como um orçamento prévio, com a funcionalidade de aumentar a participação do Parlamento na elaboração da lei orçamentária. Na visão de RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 90/91), a Lei de Diretrizes Orçamentárias trouxe mais incongruências no sistema do que vantagens para o seu funcionamento. A justificativa de que o Poder Legislativo estaria mais preparado para analisar a Lei Orçamentária, após a definição das metas e prioridades elencadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, soa falso, para o autor. Em sua linha de raciocínio, é o Chefe do Poder Executivo o protagonista do sistema orçamentário brasileiro, de modo que a criação do referido diploma orçamental não traz mudanças significativas. Interessantes considerações foram feitas por JOSÉ SERRA (*Orçamento no Brasil: as raízes da crise*, Ed. Atual, São Paulo, 1994, p. 94/96), congressista desde a época da feitura da Carta Constitucional de 1988. Ao avaliar o desempenho da Lei de Diretrizes Orçamentárias, no país, revela que as expectativas em torno da sua criação não foram atendidas. Com base na experiência atual, o senador constata que o estatuto orçamentário não tem sido contemplado por metas físicas e por prioridades claramente definidas, o que, segundo o seu juízo, compromete a efetividade do instituto.

subsequente, dentre os objetivos disciplinados anteriormente, no bojo do Plano Plurianual. Tal como apontado em relação ao Plano Plurianual é essencial que as metas e as prioridades definidas no texto da Lei de Diretrizes Orçamentárias sejam definidas de forma clara e objetiva, inclusive e principalmente no campo dos direitos prestacionais. Sem isso, o estatuto perde densidade normativa e compromete em demasia o seu êxito.

Ademais, a Lei de Diretrizes Orçamentárias contempla outras diversas despesas governamentais prioritárias decorrentes de obrigações constitucionais e legais, bem como utilizadas para a manutenção e o funcionamento dos órgãos públicos.

Dessa funcionalidade, desdobra-se outro importante papel da segunda lei de programação orçamental. A função de fixar as metas fiscais que nortearão a execução orçamentária, no exercício financeiro seguinte, para a manutenção do equilíbrio entre as receitas e as despesas públicas. A definição de metas de resultado primário busca controlar os dispêndios públicos e acumular montantes de receitas que servirão para o cumprimento dos objetivos traçados pela política fiscal.

Para executar suas políticas públicas com continuidade, é necessário que a política econômica do Executivo seja sustentável. É claro que circunstâncias aleatórias também interferem no processo de obtenção do equilíbrio orçamentário. Por isso, o Governo precisa se prevenir e angariar reservas. Para agir antecipadamente, é preciso haver relativa proporcionalidade entre os recursos arrecadados e os gastos públicos a serem efetuados pela Administração. Não se pode olvidar que, mesmo para os defensores das ideias *keynesianas*, o cumprimento das metas fiscais é importante, uma vez que orçamentos deficitários não podem ser mantidos por grandes lapsos temporais, sob pena de o Estado não saldar as suas dívidas, gerar descrédito nacional e internacional e entrar em colapso financeiro.

Por esse motivo, anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias estabelece as metas fiscais a serem cumpridas no exercício financeiro seguinte com base na avaliação dos resultados dos anos anteriores. Frise-se que uma vez projetada a meta fiscal, a execução da Lei Orçamentária Anual irá ser conduzida de maneira a possibilitar o seu devido cumprimento pelo Governo.

Ao vincular a atuação do administrador para o alcance das metas fiscais, a Lei de Diretrizes Orçamentárias pretendeu incutir responsabilidade e prudência no gerenciamento

orçamentário do Estado²⁰⁶. Inclusive, para assegurar a viabilidade administrativa e financeira das próximas gestões, considerando a salutar alternância de poder inerente à ideia de democracia, o que acontece no país a cada quatro ou oito anos, a depender da ocorrência ou não de reeleição.

Nesse contexto, não se pode deixar de destacar a importância da promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal para a reformulação da atividade financeira do Estado e a sua influência direta na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Para o atendimento dos objetivos fiscais e para atender recomendações do Fundo Monetário Internacional²⁰⁷, o Executivo Federal criou o Programa de Estabilidade Fiscal - PEF²⁰⁸ e, em 04 de maio de 2000, foi aprovada a Lei Complementar nº 101/2000, também denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal.

O objetivo foi reforçar, por meio da Lei de Responsabilidade Fiscal, uma nova visão de administração pública, baseada na modalidade gerencial de gestão e nos ideais de transparência, de eficiência, de crescimento sustentável e de austeridade. Ao assim proceder, o Governo concebeu, para o país, uma ordem financeira mais alinhada às práticas financeiras já executadas em outros países do mundo com quem mantinha parceria comercial, de olho em atrair novos investimentos do mercado internacional, ávido pela ampliação dos seus negócios em economias estáveis e com credibilidade fiscal.

²⁰⁶ Para obter um orçamento financeiramente equilibrado, o artigo 169 da Constituição Federal determina, no âmbito do funcionalismo público, que a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites prudenciais estabelecidos em lei complementar. De igual forma, a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes. E mais. Se houver autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado. Sobre a temática ver GUILHERME JARDIM JURKSAITIS, “*As Leis de Diretrizes Orçamentárias e o Controle sobre as Contratações Públicas*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1275/1296.

²⁰⁷ Cf. MARTUS TAVARES, MANOEL ÁLVARO e JOSÉ ROBERTO AFONSO, *Uma proposta para um novo regime fiscal no Brasil: o da responsabilidade fiscal*, Anais do IX Seminário Regional de Política Fiscal, Brasília, jan./1999, p. 205/230. Sobre a temática, ver também ANTONIO CELSO NOGUEIRA LEIRIA, *Lei de Responsabilidade Fiscal*, Ed. Plenum, Caxias do Sul, 2005, p. 30/39.

²⁰⁸ O Programa de Estabilidade Fiscal – PEF foi criado em 28 de outubro de 1998. Ao sofrer os impactos das crises econômicas vivenciadas nos países asiáticos, o Governo Federal instituiu o referido programa, para fins de conter o desequilíbrio econômico-financeiro do país. Dentre as principais transformações introduzidas, destaca-se a implantação do plano de inflação zero. Para maior detalhamento sobre o Programa de Estabilidade Fiscal – PEF, ver JORGE VIANA MONTEIRO, *Economia política da crise: O Programa de Estabilidade Fiscal*, Revista de Administração Pública, Repositório FGV de Periódicos e Revistas, v. 32, nº 05, Rio de Janeiro, set./out./1998. Disponível em: <<http://www.aslegis.org.br/index.php/6-ajuste-e-reforma-tributaria/446-o-programa-de-estabilidade-fiscal-e-o-papel-do-congresso-nacional>>. Acesso em: 16.01.2017 e LUCAS DE MORAES CASSIANO SANT’ANNA, *Aspectos Orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, op. cit., p. 30/33.

Nesse diapasão, o referido diploma legal buscou organizar a Administração Pública. Para aplicar uma gestão financeira responsável, a Lei de Responsabilidade Fiscal selecionou instrumentos no sentido de reduzir o déficit existente no país e evitar o endividamento público, provocados, em grande medida, pela geração crescente das despesas públicas, pelos dispêndios com pessoal e com previdência²⁰⁹, bem como pelas renúncias de receitas, também consideradas como gastos públicos indiretos²¹⁰.

A nova ordem proposta pela Lei Complementar nº 101/2000 baseia-se na ideia de austeridade, de sustentabilidade e de estabilidade política e econômica. Em um mundo globalizado, as relações dependem ainda mais de credibilidade. Para poder realizar transações e negócios internamente e no mercado global, o Estado precisa transmitir confiança, oferecer garantias de que poderá arcar com as dívidas assumidas e que investimentos podem ser feitos no país, sem o risco de mudanças abruptas no quadro da política e da economia. Em busca da construção de um país fincado em pilares sólidos, o Governo propôs o seu Programa de Estabilidade Fiscal - PEF²¹¹. A partir da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Diretrizes Orçamentárias passa a dispor, com mais vagar, sobre o equilíbrio entre receitas e despesas; as metas e os riscos fiscais; as possibilidades de utilização das suas reservas de contingência²¹² e

²⁰⁹ Nos trabalhos da Assembleia Constituinte, o objetivo inicial era demarcar, no texto constitucional, um limite para a despesa total de pessoal até 65% (sessenta e cinco por cento) das despesas correntes. No entanto, no final, essa matéria não foi regulamentada, repassando-se a sua disciplina através de lei complementar posterior, o que ocorreu com a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, em 2000. A respeito do limite do funcionalismo público, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece restrições à despesa total de pessoal. Enquanto a União tem o teto de 50% (cinquenta por cento) da sua receita corrente líquida para gastar com a despesa total de pessoal, os estados e os municípios têm o limite de 60% (sessenta por cento), nos termos do artigo 19, do referido diploma legal. Dentre as consequências impostas ao gestor que descumprir esse dispositivo, destaca-se a impossibilidade de recebimento de transferências voluntárias. Sobre o tema, ver JOSE ROBERTO RODRIGUES AFONSO (*Memória da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas*, op. cit., p.13).

²¹⁰ A renúncia de receitas ocorre quando o Governo se abstém de arrecadar tributos de determinados segmentos da economia, com o objetivo, por exemplo, de impulsionar o consumo, gerar emprego e renda e, consequentemente, reativar o crescimento econômico. Embora a Lei de Responsabilidade Fiscal tenha pretendido condicionar o emprego dessa ferramenta para o equilíbrio fiscal do país, fato é que, nos últimos anos, o Governo Federal tem se utilizado da renúncia de receitas como um braço importante da sua política econômica.

²¹¹ Cf. ANTONIO CELSO NOGUEIRA LEIRIA, *Lei de Responsabilidade Fiscal. Comentários e Terminologia*, op. cit., p. 30/31. O autor destaca a situação vivida na Argentina, em que a desorganização fiscal do país ensejou a declaração da moratória. O desequilíbrio fiscal comprometeu as suas relações internacionais e agravou a crise econômica existente no país. A desorganização fiscal do Estado argentino impediu que o Governo apresentasse um panorama de metas ao Fundo Monetário Internacional - FMI, na oportunidade. Para aprofundar a investigação em relação ao programa de estabilidade fiscal e de metas de resultado primário e nominal, ver AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 85/94 e LUCAS DE MORAES CASSIANO SANT'ANNA, *Aspectos orçamentários das parcerias público-privadas*, op. cit., p. 30/52. Já a respeito da interferência da instabilidade política e das incertezas econômicas no plano governamental, ver ALBERT WATERSTON, *Os dilemas do planejamento*, op. cit., p. 39.

²¹² Ao elaborar o Manual Básico da Lei Orçamentária Anual - LOA, o Tribunal de Contas de São Paulo conceituou a reserva de contingência como uma reserva técnica, com o propósito de preventivamente

a responsabilização dos agentes por violações na gestão pública²¹³.

E, embora existam, no país, outros regramentos jurídicos que tratem da temática, a Lei Complementar nº 101/2000 traz especificidades, ao definir limites específicos, de natureza fiscal, para a atividade financeira do Estado. Com isso, o novo regramento jurídico proposto almeja abordar o tema principalmente sob uma perspectiva preventiva, por meio da introdução de ações fiscais responsáveis. Em não sendo possível, a lei complementar trata, ao final, da punição dos entes que atuam em descompasso ao modelo de gestão fiscal inserido no ordenamento.

Por sua vez, o ajuste fiscal proposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal sofreu severas críticas, na medida em que propôs, de forma incisiva, um equilíbrio entre receitas e despesas desacompanhado do equilíbrio econômico-social. Enquanto o primeiro limita-se a buscar o equilíbrio fiscal, uma trajetória estável entre recursos e gastos sob o viés quantitativo, o segundo visa mudanças de natureza qualitativa, através de políticas de pleno emprego e de crescimento econômico, por meio do desenvolvimento social²¹⁴. A preocupação é que, para a obtenção da sustentabilidade financeira, o Governo priorize o atendimento das suas metas fiscais, em detrimento dos objetivos constitucionais de cunho social.

De certa maneira, a Lei de Responsabilidade Fiscal dá azo a tal interpretação. Em seu bojo há previsão de responsabilização nas hipóteses em que o Executivo, por exemplo, ultrapasse o limite prudencial com a despesa total de pessoal ou descumpra as metas fiscais especificadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias²¹⁵. Entretanto no momento em que o ordenamento jurídico brasileiro apenas previu sanções para os casos de desatendimento dos regramentos de ordem meramente fiscal, perdeu-se a oportunidade de também o fazê-lo, nas hipóteses em que haja descumprimento, injustificado, dos demais objetivos e prioridades e desde que devidamente densificados no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e em outros expedientes normativos, muitos deles de natureza prestacional. Nesse aspecto,

assegurar a cobertura orçamentária para eventuais e imprevisíveis riscos fiscais. Em seu bojo, há maior detalhamento sobre o tema. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/manual-loa-rev-2009.pdf>>. Acesso em 11.03.2018.

²¹³ Como exemplo, têm-se os crimes contra as Finanças Públicas descritos no Código Penal e os atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos dispostos na Lei nº 8.429/92.

²¹⁴ Sobre o tema ver SANDOVAL ALVES DA SILVA, *Direitos Sociais. Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*, op. cit. p. 138/140 e RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. V, p. 274/284.

²¹⁵ O artigo 59, inciso I da Lei Complementar nº 101/2000 estabelece que o Poder Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas e o Ministério Público fiscalizarão o Executivo a fim de verificar se houve o atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias.

entende-se como pertinente às críticas que foram feitas à Lei de Responsabilidade Fiscal. Afinal, o necessário cuidado evidenciado com a equiparação entre receitas e despesas e o controle de custos dos programas orçamentários não se estendeu para o campo da distribuição de riquezas e de renda. Agradou a investidores, mas foi impassível com a camada mais hipossuficiente da população.

Logo, esse descompasso legislativo pode levar o país a rumos perigosos, que culmine com a desvalorização do próprio texto constitucional. Não se questiona a importância do equilíbrio fiscal do Estado para a execução das próprias prestações sociais a que está obrigado. Contudo, a sustentabilidade fiscal deve caminhar ao lado e não à frente do planejamento econômico global de um Estado de concepção social, tal como o instituído pelo Legislador Constituinte de 1988.

Diante dessa constatação, alguns questionamentos são inevitáveis. E, quando o administrador descumprir uma despesa em prol do atendimento da meta fiscal? Qual gasto público deve ser considerado prioritário? Deve a população aceitar a falta de vagas em escolas públicas para que a dívida pública seja paga? Não se pode olvidar que essa incoerência sistêmica já vem sendo sentida, diariamente, nas unidades forenses de todo o país. Inúmeras ações judiciais são interpostas, pleiteando a concretização de deveres prestacionais em favor de particulares. De outro lado, não é incomum o Governo apresentar em sua defesa o argumento de que deixou de executar determinada obrigação por impossibilidade orçamentária, eis que precisou ater-se às metas fiscais. Reflexo, em certa medida, de um descompasso entre os objetivos pretendidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal e os objetivos previamente delimitados pela Constituição Federal, voltados para a construção, ao menos em tese, de um Estado Social. Registre-se que essa divergência será enfrentada, ao se tratar do controle judicial das questões orçamentárias. Por enquanto, a investigação prossegue em relação ao último estatuto orçamentário.

2.5.3 A Lei Orçamentária Anual

Com a Lei Orçamentária Anual fecha-se o planejamento tridimensional estabelecido pela Carta Constitucional de 1988 ao orçamento público.

A Lei Orçamentária Anual é o instrumento pelo qual o Poder Público organiza e descreve suas ações, estipula a arrecadação de receitas e define a realização de gastos públicos,

pelo período de um ano. A sua principal função é a concretização dos objetivos previstos no Plano Plurianual, das prioridades definidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e das demais obrigações legais provenientes nos expedientes normativos em vigor no ordenamento pátrio. Dessa feita, embora de iniciativa do Governo, o gestor não tem liberdade absoluta para a sua elaboração e execução. O projeto orçamentário anual deve ser compatível com os demais estatutos orçamentários. Em nome da coerência lógica e teleológica do sistema orçamental há uma relação de encadeamento funcional entre eles²¹⁶.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988 conviviam-se, simultaneamente, com três orçamentos distintos: o orçamento monetário²¹⁷, o orçamento das estatais²¹⁸ e o orçamento fiscal²¹⁹.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, a Lei Orçamentária Anual unificou todos os orçamentos da União e das entidades que compõem a Administração Pública Indireta. Em seu bojo, acoplou-se o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social. O orçamento monetário não mais persistiu.

O orçamento fiscal engloba todas as receitas e as despesas da Administração Direta e Indireta, exceto as relacionadas ao orçamento de investimento e de seguridade social²²⁰. Por sua vez, o orçamento de investimento abrange as receitas e as despesas com investimentos das empresas estatais, em que a União tenha a maioria do capital social com direito a voto. Por fim, o orçamento da seguridade social recepciona as receitas e as despesas da saúde, oriundas do Sistema Único de Saúde e outras vinculadas ao tema. Envolve, também, as receitas e as

²¹⁶ Interessante apontamento é feito por ADILSON ABREU DALLARI (*“Orçamento Impositivo”*, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 315) ao afirmar que: “O orçamento não é um amontoado de números, mas sim, a representação numérica de um programa complexo de governo, coroadando todo um sistema de planejamento”. Para CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (*Comentários à Constituição do Brasil*, op. cit., p. 298), a lei orçamentária anual é a mais importante, dentre as leis ordinárias vigentes no país.

²¹⁷ Essa espécie de orçamento não era submetida ao Congresso Nacional. Confeccionada pelo Banco Central e aprovado pelo Executivo, por meio de decreto. Em regra, era um orçamento deficitário.

²¹⁸ Assim como o monetário, o orçamento das estatais não era submetido ao Legislativo, o que demonstrava um protagonismo do Poder Executivo frente ao Parlamento.

²¹⁹ O orçamento fiscal correspondia ao orçamento encaminhado ao Congresso Nacional para discussão e, posterior aprovação. Buscava-se, com ele, o equilíbrio econômico-fiscal meramente contábil, em que as despesas e as receitas eram apresentadas de forma compatível.

²²⁰ Para MARCOS NÓBREGA (*Orçamento, Eficiência e Performance Budget*, op. cit., p. 705), o orçamento fiscal é o mais importante dos orçamentos, uma vez que abarca poderes, fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta e também das fundações públicas. É justamente nessa modalidade de orçamento que estarão previstas as dotações para que as despesas do Poder Público possam ser concretizadas. Nesse mesmo sentido, JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 242. Esse autor, inclusive, aponta que, no intuito de centralizar as despesas estatais ao máximo, o Legislador Constitucional conferiu uma amplitude demasiada ao orçamento fiscal, ao englobar o orçamento das empresas com personalidade de direito privado que compõem a Administração Indireta.

despesas da assistência social provenientes do Fundo Nacional da Assistência Social, de convênios e outras receitas vinculadas à matéria. E, por último, a previdência social constituída das receitas e despesas oriundas do Regime Geral da Previdência Social - RGPS.

Enquanto os orçamentos de investimentos e fiscal têm como norte a promoção das desigualdades entre as regiões do país, o orçamento da seguridade social busca garantir os direitos atinentes à previdência, à saúde e à assistência social e suas receitas são complementadas pelas contribuições sociais previstas no texto constitucional²²¹.

No que diz respeito à tramitação, a lei orçamentária anual deve ser encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional até quatro meses antes do término do exercício financeiro. Em seguida, deve ser deliberado e votado até o encerramento da sessão legislativa²²².

Interessante notar que a Lei de Responsabilidade Fiscal também disciplinou matérias que se relacionam com a Lei Orçamentária Anual. O objetivo da Lei Complementar nº 101/2000 é organizar o orçamento anual de modo que se produza superávit, para fins de cumprimento das metas fiscais e do pagamento da dívida pública, em conformidade ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ainda por determinação da Lei Complementar nº 101/2000, a Lei Orçamentária Anual precisa conter uma reserva de contingência para o atendimento de situações eventuais e não previstas. É o que ocorre, por exemplo, com os pagamentos, feitos pela Fazenda Pública, sem previsão orçamentária no exercício fiscal, em decorrência de determinação judicial, uma vez que, por serem de pequeno porte, não se faz necessária a expedição de precatórios²²³. O montante e a forma da utilização dessa reserva de contingência serão devidamente definidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. Por outro lado, se ao final do exercício financeiro, a reserva de contingência se mantiver, integral ou parcialmente, as dotações a ela destinadas poderão ser utilizadas para a finalidade de custeio de créditos adicionais que eventualmente forem abertos.

²²¹ Cf. artigo 195 da Constituição Federal de 1988.

²²² Os autores J. TEIXEIRA MACHADO JR. e HERALDO DA COSTA REIS (*A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, 31ª edição, Ed. IBAM, Rio de Janeiro, 2002/2003, p. 84) sinalizam para uma problemática situação vivenciada no trâmite dos orçamentos municipais, no país. E relatam que, no âmbito da Administração Municipal, tem havido casos de as Câmaras Municipais não votarem o orçamento por vários anos seguidos. Outra preocupação externada pelos doutrinadores refere-se à possibilidade de veto da Lei Orçamentária Anual. Segundo seus entendimentos, há possibilidade de o Chefe do Poder Executivo vetar o expediente orçamentário anual, embora improvável, pois a sua ocorrência poderá inviabilizar o fluxo da atividade financeira do Poder Executivo.

²²³ Cf. artigo 100, §3º da Constituição Federal de 1988.

Outra consideração relevante refere-se ao fato de o Poder Legislativo desempenhar um papel essencial no controle anual dos gastos públicos. Afinal, é expressamente vedado ao Poder Executivo, durante a execução orçamentária, promover o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. De igual forma, a Constituição Federal proíbe o início, no curso do exercício financeiro, de quaisquer programas ou projetos que não estejam incluídos na Lei Orçamentária Anual²²⁴.

A participação legislativa também ocorre na fase de deliberação do projeto de lei orçamentária anual. É cabível aos parlamentares a apresentação de emendas ao projeto orçamentário anual, porém com restrições. As modificações legislativas precisam indicar as suas fontes de custeio e é vetada a redução das dotações especialmente destinadas para o pagamento da dívida pública, para as transferências tributárias constitucionais entre os entes federativos e para a remuneração do funcionalismo. Ademais, as emendas propostas também não podem ser incompatíveis com as programações definidas no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias²²⁵.

²²⁴ Cf. artigo 167, incisos I e VI da Constituição Federal de 1988. Em junho de 2013, ocorreram, no Brasil, protestos populares que, inicialmente, pleiteavam contestar o aumento nas tarifas de transportes públicos. Contudo, essas manifestações ganharam amparo popular e cresceram em diversas cidades do país. A pauta das reivindicações ampliou-se para se questionar a ineficiência dos serviços públicos de saúde e de educação, além de se protestar contra atos de corrupção na gestão governamental. Pressionados com a dimensão dos protestos, o Governo Federal buscou contê-los, através de medidas administrativas que pudessem demonstrar a sua preocupação em resolver os problemas apontados pelos manifestantes. Assim, em 22 de outubro de 2013, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, por meio da Medida Provisória nº 621/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.871/2013, institui o “Programa Mais Médicos”, com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde. Dentre as medidas adotadas, destaca-se a contratação de inúmeros médicos de Cuba para prestarem serviços nas cidades brasileiras. Ocorre que o Pano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual de 2013 não previram, expressamente, a criação do referido programa, de duração continuada. Assim, o programa recebeu inúmeras críticas no campo financeiro, uma vez que para conter as manifestações populares, o Executivo Federal teria inobservado o disposto no artigo 167, inciso I, da Constituição Federal de 1988 que expressamente veta o início de programas ou projetos não especificados na Lei Orçamentária Anual. Por outro lado, a Administração Pública sustentou a legalidade das contratações e argumentou que a fonte de custeio do programa estava devidamente descrita na Portaria Interministerial nº 1.359/2013, firmada entre os Ministérios da Saúde e da Educação. No bojo do expediente administrativo, o artigo 36 em seus incisos I e II estabelece que as dotações orçamentárias intituladas “educação e formação em saúde” e “apoio à residência saúde”, dos Ministérios da Saúde e da Educação, respetivamente, poderiam abrigar e custear, de forma lícita, o Programa “Mais Médicos”. A questão não foi tratada junto ao Poder Judiciário sob o viés orçamental, tampouco sob a perspectiva de responsabilização da Presidente da República. Certo é que a abertura semântica dos dispositivos contidos nos estatutos orçamentários é tamanha que dificulta os trabalhos de controle e de responsabilização do gestor.

²²⁵ A Lei nº 4.320/64 que estatui as normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços do Executivo também prevê, em seu artigo 33, condições para a proposição de emendas parlamentares. Nessa conformidade, não se admitirão emendas ao projeto de Lei de Orçamento que visem: alterar a dotação solicitada para despesa de custeio, salvo quando provada, nesse ponto a inexatidão da proposta; conceder dotação para o início de obra cujo projeto não esteja aprovado pelos órgãos competentes; conceder dotação para instalação ou funcionamento de serviço que não esteja anteriormente criado e conceder

Já sobre o conteúdo das leis orçamentárias não se pode olvidar que é preciso atender aos princípios da exclusividade e da universalidade. A Lei Orçamentária somente pode contemplar matérias de natureza financeira, devendo consignar todas as despesas estatais. E, em regra, nenhuma despesa pública pode ser feita sem previsão na Lei Orçamentária Anual, tampouco exceder aos créditos orçamentários ali estipulados, salvo nas hipóteses de regular abertura de créditos adicionais.

Em resumo do que fora exposto, pode-se afirmar que as despesas públicas recebem limitações em decorrência da Lei Orçamentária Anual. A primeira, de natureza temporal, estabelece que as autorizações de gastos tenham validade pelo período de um ano. A segunda, de natureza qualitativa, determina que os dispêndios devam se ater às finalidades previstas no próprio regramento orçamental, o qual se encontra em conformidade às prioridades e objetivos dispostos na Lei de Diretrizes Orçamentárias e no Plano Plurianual, respectivamente. Veda-se, salvo situação excepcional, a concretização de gastos sem que haja previsão legal anterior. Por fim, a terceira limitação é de natureza quantitativa. Os limites máximos para as despesas públicas estão fixados na Lei Orçamentária Anual, não sendo possível, em princípio, exceder as dotações previstas.

No que diz respeito aos limites quantitativos uma ressalva se faz necessária. A Lei Orçamentária Anual trata, em regra, do crédito orçamentário ordinário, ou seja, daquela despesa estipulada antecipadamente pelo órgão orçamental. Contudo, durante a execução orçamentária, pode ser necessário realizar alguns ajustes, dotando-se novas ou complementares importâncias para o atingimento dos fins pretendidos pelo Governo. Trata-se dos créditos adicionais. Tais dispêndios, nem sempre, decorrem da Lei Orçamentária.

2.6 Os créditos adicionais

É inquestionável que os Estados contemporâneos precisam manejar com cuidado as delicadas conjunturas políticas, econômicas e sociais em que estão inseridos, caracterizadas por ilimitadas necessidades e escassas receitas públicas. Para melhor atender aos anseios da sociedade é preciso agir com equilíbrio e eficiência. Não há espaços para prodigalidade. Austeridade é a palavra de ordem que deve ecoar nas gestões públicas. Para tanto, os Governos precisam se organizar antecipadamente e executar as despesas de acordo com a

dotação superior aos quantitativos previamente fixados em resolução do Poder Legislativo para concessão de auxílios e subvenções.

programação externada nos estatutos orçamentários.

Com efeito, a preparação do orçamento começa a ser feita antecipadamente à sua entrada em vigor. Essa antecedência é necessária para que a equipe técnica do Executivo tenha condições de planejar adequadamente as ações governamentais de natureza fiscal e extrafiscal.

Em contrapartida, a atividade financeira do Estado não corresponde a uma operação aritmética, estanque e exata. Ela é repleta de complexidades. E o orçamento público precisa compreender essa dinâmica. O Estado precisa dispor de certa flexibilidade, de mecanismos que permitam o atendimento de situações que surjam durante a execução orçamentária, ainda que nem sempre previsíveis antecipadamente. Significa dizer que, mesmo que os técnicos promovam um primoroso planejamento anterior, o que, repita-se, é salutar para o desenvolvimento financeiro estatal no momento da execução orçamentária, o Governo pode deparar-se com situações emergenciais e não previstas ou com dotações estimadas insuficientemente para o atendimento de uma determinada finalidade. Em outras ocasiões, o gestor pode identificar que recursos estipulados para um determinado gasto sequer precisam ser integralmente adimplidos, uma vez que os objetivos foram devidamente alcançados, de forma menos custosa.

A gestão orçamentária restaria inviabilizada se não existissem ferramentas retificadoras do orçamento. Assim, para atender situações externas ao planejamento, que somente serão vivenciadas no curso do exercício financeiro, o ordenamento dispõe de instrumentos específicos, chamados de créditos adicionais²²⁶. São eles: os créditos suplementares, especiais e extraordinários²²⁷.

Os créditos suplementares têm por objetivo o reforço da dotação orçamentária já existente, por previsão insuficiente de recursos anteriormente contemplados na Lei Orçamentária Anual.

Para a abertura dos créditos suplementares há a necessidade de autorização legislativa. Essa autorização pode ser concedida previamente e de forma expressa no próprio estatuto orçamentário anual ou, *a posteriori*, através de instrumento legislativo específico. Nas hipóteses de a autorização já ter sido feita pela lei orçamental, os créditos suplementares

²²⁶ O artigo 40 da Lei 4.320/64 estabelece que constituem créditos adicionais as autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente previstas na lei orçamentária.

²²⁷ Cf. artigo 41 da Lei nº 4.320/64.

podem ser concedidos por decreto do Chefe do Executivo, mas devem respeitar os limites das dotações ali fixadas. Se houver a necessidade de extrapolar os valores estabelecidos, nova autorização legislativa deve ser obtida, mediante justificativa e indicação das suas respectivas fontes de custeio. É imperioso informar como essas novas despesas são financiadas pelo Poder Público.

Mas não são apenas as fontes de custeio que precisam ser enunciadas. As explicações do Poder Público para a suplementação do orçamento são de extrema relevância para o efetivo controle político do instrumento. É preciso constatar se o incremento do orçamento não aconteceu por problemas provenientes de um mau planejamento, o que exige correção no ano subsequente ou, então, se está ocorrendo um fenômeno conhecido por “janelas orçamentárias”. Trata-se de uma manobra contábil em que o Governo prevê, inicialmente, no expediente orçamental, rubricas ínfimas para o atingimento das metas e fins propostos com o propósito de não chamar a atenção para determinadas ações. Contudo, no curso da execução orçamentária, utilizando-se do permissivo legislativo genérico contido na lei orçamentária, o Poder Executivo faz o suplemento e, paradoxalmente, certas atividades não prioritárias, recebem maior dotação do que outras, de natureza mais essencial.

Não se pode olvidar que os créditos suplementares não podem ser concebidos como uma autorização para gestor atuar livremente, isenta de limites e de deveres, de forma diametralmente distante do planejamento governamental. Se a ordem financeira for recepcionada nesses moldes, como de fato parece ocorrer em diversas gestões administrativas em que os créditos suplementares ultrapassam, em muito, as dotações inicialmente previstas, o planejamento público e o equilíbrio entre os Poderes restarão comprometidos e fadados ao menoscabo²²⁸. Afinal, de que adianta a Administração investir tantos recursos e tempo com o

²²⁸ O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais analisou o tema nos Autos sob nº 872.786/2011, Rel. Min. Substituto Licurgo Mourão, DO de 24.04.2013. O processo versava sobre a prestação de contas do exercício de 2011, referente ao Município de Serranópolis de Minas. Em avaliação inicial, a unidade técnica do Tribunal constatou irregularidades na abertura de créditos suplementares sem cobertura legal e emitiu recomendação para que a irregularidade não se repetisse, no ano fiscal subsequente. Em seu voto, o Relator Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, teceu considerações sobre o tema. Segundo ele, a legislação pátria admite a modificação do orçamento, com dotações insuficientes, por intermédio da abertura de créditos suplementares. Porém, alertou que o manuseio do instituto tem que ser feito, com limites, evitando-se o excesso de autorizações que possam desconfigurar a previsão aprovada pelo Legislativo e revelar ausência de planejamento administrativo. A gestão fiscal necessita ser transparente e responsável e pressupõe planejamento. É vedada a utilização de créditos ilimitados e a consignação de matérias com finalidades imprecisas. Ao final, concluiu que: “Assim, recomendo à Administração Municipal que ao elaborar a LOA, bem como as leis a ela pertinentes, nos próximos exercícios, faça o mais próximo da realidade de sua municipalidade com o intuito de se evitar percentuais elevados de suplementação orçamentária e/ou autorizações para abertura ilimitada de créditos suplementares”. Disponível em: <<http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/Busca/Arquivo/688596>>.

planejamento e, de igual forma o Parlamento, com a deliberação e a votação de um orçamento se, na fase executória, o estatuto será recepcionado pelo Poder Público como mera peça ficcional. O sistema constitucional precisa ser interpretado com coerência. Um permissivo genérico existente na lei orçamentária admitindo a possibilidade de abertura de créditos suplementares não pode ser um cheque em branco para que o Executivo modifique o orçamento, conforme a sua vontade e necessidade, sem que lhe sejam exigidas justificativas ou motivações precisas. E mais. O Poder Legislativo não pode aceitar encontrar-se em posição de tamanha subalternidade²²⁹. Em verdade, essas são questões que não podem ser ignoradas. O debate constitucional nessa seara é absolutamente indispensável.

A segunda modalidade de crédito adicional corresponde aos créditos especiais. Essa modalidade creditícia almeja atender às despesas não previstas originalmente na Lei Orçamentária Anual.

Assim como ocorre com os créditos suplementares, para que seja possível a sua abertura, a Administração deve indicar as fontes para o seu custeio, a fim de demonstrar a efetiva disponibilidade recursal para suportá-los²³⁰. Entre as situações que podem viabilizar a existência de recursos para a abertura de ambos os créditos orçamentários, têm-se a ocorrência de superávit primário; excesso de arrecadação; reservas de contingências e anulação parcial ou total de dotações orçamentárias²³¹.

Essa última, em especial deve ser motivo de atenção tal como se destacou em relação

Acesso em: 12.04.2018.

²²⁹ Interessante pesquisa foi apresentada na tese de doutoramento de LUCIANA ZAFALLON LIMA CARDOSO, *Uma espiral de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbrincamento das despesas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional*, tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017, p. 147. Ao analisar as leis orçamentárias do Estado de São Paulo entre os anos de 2011 a 2016, a autora identificou que em todas elas, a Assembleia Legislativa repassou autorizações ao Poder Executivo para a abertura de créditos suplementares a serem utilizados no exercício fiscal. Em assim agindo, o Parlamento estadual paulista transferiu para o Governador o poder de decisão sobre as suplementações orçamentárias, em deliberado alijamento do seu papel de controle preventivo, em detrimento do fortalecimento do Poder Executivo.

²³⁰ Cf. artigo 43 da Lei nº 4.320/64.

²³¹ Cf. ROGERIO SANDOLI DE OLIVEIRA, “*Dos Créditos Adicionais*”, In José Maurício Conti (Coord.), *Orçamentos Públicos. A Lei 4.320/1964 comentada*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 137/151. Sobre o tema, ver também J.R. CARLOS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., p. 192/193 e 288/294; AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 358/386; ANTONIO CELSO NOGUEIRA LEIRIA, *Lei de Responsabilidade Fiscal*, op. cit., p. 154/175; J. TEIXEIRA MACHADO JR. e HERALDO DA COSTA REIS, *A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, op. cit., p. 107/120; MAURÍCIO BARROS, “*Orçamento e Discricionariedade*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 975/1007 e CELSO DE BARROS CORREIA NETO, “*O Orçamento Público e o Supremo Tribunal Federal*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 111/126.

às “janelas orçamentárias”. Afinal, para que haja anulação parcial ou total de dotações orçamentárias para a realocação de recursos, é necessário reduzir ou, até mesmo, não executar outras ações previstas na Lei Orçamentária Anual. O problema é que essa operação pode gerar esvaziamentos no expediente orçamentário anual, pelo descumprimento, total ou parcial, de prioridades e objetivos governamentais ali expostos, fruto de um planejamento prévio e técnico.

No que diz respeito à autorização legislativa, os créditos especiais somente podem ser abertos com manifestação favorável do Parlamento, mediante justificativa do Governo e indicação por ele da origem dos recursos. Como não é contemplada no expediente orçamentário anual, a liberação dessa natureza de crédito precisa de lei específica, posterior à aprovação orçamentária. E não há previsão constitucional para que a concretização dos créditos especiais ocorra por intermédio de decretos ou medidas provisórias do Presidente da República.

Por fim, a última modalidade de crédito adicional, denominada de créditos extraordinários tem por finalidade cobrir despesas urgentes e imprevisíveis, tais como em casos de guerra, comoção interna ou calamidade pública. É válido frisar que essa modalidade adicional de crédito não deve ser empregada para o atendimento de despesas rotineiras, de simples custeio²³².

Pela urgência, a abertura dos créditos extraordinários pode dispensar a autorização legislativa. É facultado ao Chefe do Executivo implementá-los mediante a edição de medidas provisórias ou por meio de decretos, nas hipóteses de os entes não contarem com tais instrumentos nas suas respectivas Constituições Estaduais. No entanto, após as suas aberturas, o Legislativo deve ser imediatamente comunicado, para que possa realizar o controle político dos atos do Governo. E, mesmo que decorra de situação urgente e imprevisível, o crédito extraordinário não pode conter dotação ilimitada de gasto. Não existem, no ordenamento jurídico brasileiro, dotações de valores indeterminados²³³. Caso seja constatada que a importância dotada é insuficiente, novo crédito extraordinário deve ser aberto para suplementar o inicial.

²³² O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema no julgamento da ADIN nº 4.048, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJ de 22.08.2008. Nessa oportunidade, a Suprema Corte entendeu que possui competência para apreciar a imprevisibilidade e a urgência do crédito extraordinário aberto pela Chefia do Poder Executivo, no caso em exame, através da Medida Provisória sob nº 405, de 18 de dezembro de 2007.

²³³ Cf. artigo 167, VII da Constituição Federal de 1988.

Uma situação concreta pode exemplificar, com maior clareza, a funcionalidade e a importância do uso adequado dos créditos adicionais. O Brasil enfrenta, há anos, intensa crise em seu sistema penitenciário. No ano de 2009, o Poder Legislativo instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI com o objetivo de analisar as condições das penitenciárias brasileiras e eventuais violações aos direitos humanos dos detentos. Foram inspecionadas 62 (sessenta e duas) unidades de custódia, sendo identificados como principais problemas a superpopulação carcerária, maus tratos e altas taxas de reincidência. Naquela época, a Comissão Parlamentar de Inquérito entendeu que o sistema penitenciário nacional encontrava-se em decadência, uma vez que em condições absolutamente impróprias para a promoção da ressocialização dos detentos²³⁴.

Em outubro de 2016, o assunto penitenciário voltou à tona no país, após a morte de 20 (vinte) custodiados no interior do Complexo Penitenciário Francisco D'Oliveira Conde, em Rio Branco, no estado do Acre. Por entender que a situação era urgente e imprevisível, em dezembro de 2016, o Chefe do Executivo editou a Medida Provisória nº 755, determinando a liberação da quantia de R\$ 1,2 bilhão (um bilhão e duzentos milhões de reais) aos demais estados da federação, para que promovessem investimentos nos seus sistemas penitenciários, evitando-se o agravamento da crise e novas mortes. Em 02 de janeiro de 2017, houve uma rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, estado do Amazonas, ocasião em que 56 (cinquenta e seis) detentos foram mortos no interior da unidade prisional²³⁵.

O tratamento dispensado pelo Presidente da República ao conflito penitenciário foi no sentido de que a situação era emergencial, imprevisível e urgente, a ponto de justificar o repasse financeiro aos estados, por meio da abertura imediata de créditos extraordinários, viabilizado através da edição de uma medida provisória. Contudo, em nosso entendimento, o Chefe do Executivo poderia ter sanado a crise do sistema penitenciário por meio de outras modalidades de créditos adicionais que contassem com maior participação do Parlamento no debate dessa questão que é extremamente complexa e polêmica.

Caso houvesse, na Lei Orçamentária, previsões, ainda que insuficientes, de ações voltadas para a promoção de investimentos nos sistemas penitenciários estaduais poderia o Presidente da República utilizar-se da modalidade suplementar de créditos adicionais, desde

²³⁴ Para aprofundamento dos resultados provenientes da Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI referente ao sistema prisional, ver: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 20.01.2017.

²³⁵ Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/mortes-em-presidio-de-manaus-sao-destaque-na-imprensa-internacional.ghml>>. Acesso em: 20.01.2017.

que mediante autorização legislativa. E, inclusive, expedi-los por meio de decreto, caso os limites dos repasses não excedessem ao teto das dotações suplementares autorizadas pela lei orçamentária. De outro lado, inexistindo previsões nessa seara, o Governo poderia ter solicitado ao Congresso Nacional a aprovação de projeto de lei, para fins de concessão de créditos especiais a serem repassados aos entes da federação.

Com estas ressalvas e independentemente da modalidade do crédito adicional empregada pelo Chefe do Executivo, a primeira lição que se extrai desse exemplo concreto é de que o sistema financeiro constitucional assegurou ao Poder Executivo, por meio dos créditos adicionais, instrumentos que lhe permitam atender a situações não previstas e que exijam ajustes no orçamento, durante a sua execução. Não obstante, a segunda observação importante a ser feita é que, embora de solução aparentemente mais rápida, a utilização dos créditos adicionais produz externalidades negativas. Para adicionar recursos extras, o Estado deixa, não raras vezes, de implementar outras ações anteriormente previstas na Lei Orçamentária Anual e necessárias ao atendimento das prioridades constitucionais e aos interesses prementes da população. Ademais, ao se repassar abruptamente recursos para atender situações imprevisíveis e emergenciais, o Estado tem mais chances de deixar de agir com economicidade. Senão vejamos:

Todos os anos, convive-se, no país, com a situação de famílias que, no período de fortes chuvas, são desalojadas das suas residências, por motivos de segurança, uma vez que as construções são feitas em regiões de encostas. Mesmo sabendo que esse efeito climático ocorre anualmente, em determinada estação, o Estado nada faz para diminuir os riscos de acidentes ao longo dos meses, seja impedindo novas construções, seja realizando obras para prevenir desabamentos futuros. No entanto, no momento das chuvas, quando os acidentes são praticamente inevitáveis, o Poder Público decide adotar providências e efetuar reparos rápidos nas encostas, para que as pessoas possam retornar às suas casas. Por se tratar de soluções urgentes e classificadas pela Administração como imprevisíveis, os recursos para as reformas provêm, em regra, da abertura de créditos extraordinários. O problema é que, nestas situações, as despesas têm custos mais altos do que normalmente teriam, se houvesse planejamento para a concretização das compras públicas. Ao se preparar antecipadamente para gastar, o Estado realiza certames licitatórios em nome da livre concorrência e tem condições de obter o melhor preço e condições para os bens e serviços contratados. Concordamos com António Luciano de Sousa Franco quando o professor português afirma que: “O imprevisto, em geral, é causa de

desperdício²³⁶”. Isso, sem falar, nas vidas humanas que poderiam ser salvas se o Poder Público interviesse por meio de ações periódicas e planejadas, focadas na prevenção de acidentes. Não se pode esperar ter fogo, para somente então a Administração buscar alternativas para apagar o incêndio.

Por essas razões, o Governo deve deixar para fazer uso dos créditos adicionais em situações realmente necessárias, imprevistas e urgentes, ou seja, excepcionais. E ao fazê-lo, deve apresentar as respectivas justificativas, de forma precisa e não genericamente. Tal exigência, inclusive, deve ser feita pelos órgãos de controle, a fim de que não se limitem a uma atuação de fiscalização meramente protocolar, de pouca utilidade social²³⁷. Como regra, o processo de execução orçamentária deve cumprir, com a máxima fidelidade possível, o

²³⁶ Cf. ANTÔNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 338.

²³⁷ Nesse sentido, é interessante analisar o julgamento recente feito pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão sob nº 2.904/2017, Rel. Min. Vital do Rêgo, proferido em sessão plenária de 12.12.2017. Nesse feito, o Ministério do Planejamento formulou uma consulta ao egrégio Tribunal acerca da possibilidade de abertura de créditos extraordinários pelo Poder Executivo Federal para a transferência de recursos a outros entes da federação, em situação de grave crise econômica. Em sua decisão, o Tribunal de Contas da União entendeu pelo cabimento da abertura do crédito extraordinário, sob a justificativa de que a grave crise financeira do ente comprometia a manutenção de serviços públicos fundamentais para os cidadãos, como saúde e educação. E que, por essa razão, os requisitos de imprevisibilidade e urgência estavam caracterizados. Nenhuma justificativa em torno do planejamento e das suas eventuais falhas foram solicitadas ao ente público. De igual forma, não foram solicitadas informações sobre a destinação dos recursos que seriam transferidos. É válido destacar que mesmo dentro das áreas de saúde e educação existem prioridades. Além disso, em cada uma dessas pastas ministeriais, há uma infinidade de serviços, cuja urgência e imprevisibilidade somente poderiam ser aferidas se a justificativa governamental fosse mais detalhada. Assim, sem desmerecer de antemão a relevância das fundamentações apresentadas, a crítica que se faz é o emprego indistinto, quase automático pelo Poder Público, do argumento em torno da crise financeira. Fundamentar a admissibilidade do crédito adicional sob a mera alegação de crise econômica é algo extremamente aberto, indeterminado. Não se aprofundou a discussão para saber se, de fato, trata-se de problemática urgente e inesperada ou se a sua origem remonta a situações anteriores, agravadas pelo planejamento insuficiente das administrações estaduais ou, até mesmo, por sua completa inércia no tratamento do tema. Também não se questionou se os entes federados realizaram outras medidas inibitórias em áreas consideradas menos prioritárias pela Constituição Federal que pudessem reduzir os seus défices, antes da liberação de recursos, por meio de mecanismo excepcional, uma vez que prescinde da prévia avaliação parlamentar. Logo em seguida a decisão do Tribunal de Contas da União e utilizando-se do seu precedente, o Governador do Estado do Rio Grande do Norte requereu ajuda ao Governo Federal, no importe de R\$ 965 milhões (novecentos e sessenta e cinco milhões de reais), para adimplir, inclusive, com despesas relativas a folha de pagamento dos servidores, em atraso, há meses. Em contrapartida, o Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União emitiu a Recomendação sob nº 004/2017, em 22.12.2017 e orientou a suspensão imediata, com exceção das transferências voluntárias para as áreas de saúde, educação e assistência social, de todos os demais repasses de recursos da União para o Estado até que se observasse o prazo para a eliminação do excedente da despesa de pessoal. A argumentação do *Parquet* é que as despesas com pessoal devem preceder da verificação e cumprimento das exigências contidas no artigo 169, §1º da Constituição, além de autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias, o que afastaria o seu caráter imprevisível. Ademais, o Ministério Público de Contas da União considerou que o artigo 167, §3º veda a transferência voluntária de recursos pelo Governo Federal aos entes federados, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista. Para o *Parquet*, as metas fiscais devem ter consistência com as premissas da política econômica. Após a recomendação ministerial, a União negou o repasse ao ente federado. Na tentativa de liberação da ajuda financeira pleiteada junto ao Governo Federal, o Estado do Rio Grande do Norte recorreu ao Tribunal de Contas da União. O recurso foi negado. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/2904%2520.2017>>. Acesso em: 14.04.2018.

orçamento aprovado. Para tanto, o orçamento tem que contemplar as demandas prioritárias, bem assim conter dotações factíveis que possibilitem que as ações governamentais nele previstas possam, de fato, ser concretizadas. Em resumo, o orçamento tem que ser precedido de um planejamento responsável e realista. E, para alterá-lo, o Governo deve apresentar uma justificativa relevante e constitucionalmente adequada.

Diante da importância do planejamento para a efetividade do orçamento e para a realização dos objetivos constitucionais é preciso realizar uma análise mais pormenorizada do instrumento. O próximo capítulo dedica-se ao ciclo orçamentário. Processo em que o planejamento corresponde a uma etapa essencial.

CAPÍTULO 3

DO CICLO ORÇAMENTÁRIO

3.1 O planejamento financeiro

Planejar constitui uma ação conhecida por todos os indivíduos. Durante a vida, o ser humano precisa ordenar os seus objetivos, traçar os meios para atingi-los e contabilizar os seus custos.

Nas economias domésticas as famílias se deparam com essa necessidade, mensalmente. Escolhem-se as despesas essenciais e deixa-se o excedente para finalidades de caráter mais supérfluo. Em tempos de crise, percebe-se que o planejamento familiar é ainda mais rigoroso. Despesas com saúde, educação e alimentação somente são afetadas após a contenção de gastos de natureza redundante.

Se planejar faz parte da conduta individual e familiar das pessoas, não há lógica em não seguir igual comportamento em relação aos gastos praticados pelo Poder Público. Ao analisar a obra de La Mothe Le Vayer sobre as diferentes formas de Governo, Michel Foucault ressalta as ponderações feitas pelo filósofo francês, no século XVII, no sentido de que aquele que quiser governar o Estado, precisa, primeiramente, saber governar a si próprio, bem como a sua família e o seu patrimônio²³⁸.

Na contemporaneidade, o Estado brasileiro se depara com uma amplitude de fins que precisa resguardar. A satisfação das necessidades dos indivíduos perpassa pela preservação da sua liberdade, propriedade, previdência, saúde, segurança, educação, habitação, cultura e lazer, sem prejuízo de outros elementos que interferem direta e indiretamente no seu bem-estar. As necessidades sociais são infinitas.

De outro lado, avanços tecnológicos, aumento exponencial da expectativa de vida das pessoas, desigualdades sociais, heterogeneidade cultural da população, crises econômicas, colapsos ambientais e fenômenos migratórios correspondem a algumas situações, vivenciadas no mundo moderno, que impactam diretamente na prestação dos serviços públicos. Com

²³⁸ Cf. MICHEL FOUCAULT, *Microfísica do Poder*, 28ª reimpressão, Ed. Graal, Rio de Janeiro, 2010, p. 280/281.

efeito, são diversos os fatores intervenientes nesse processo. Em contraponto, os recursos públicos são escassos e dependem, em grande medida, da prosperidade social, econômica e política de um país.

Logo, como administrar uma conta, com inúmeras variáveis, que quase sempre não fecha? O caminho é difícil e exige planejamento. É preciso saber lidar com a escassez. Mas tal como ocorre nos planos individual e familiar é imprescindível ter organização financeira, agir com austeridade e escolher bem em que gastar os recursos, já que são limitados²³⁹.

No campo das políticas públicas, compete, prioritariamente, ao Governo desenvolver os seus planejamentos. Contudo, para o exercício de tal múnus, o Poder Público não pode agir livremente como se fosse detentor de um “cheque em branco” repassado pelos contribuintes. O ato de programar e, posteriormente, o de gastar precisa caminhar par e passo com os objetivos constitucionais.

3.2 O orçamento-programa

A Constituição Federal de 1988 adotou a concepção de Estado Social para o Brasil. Como visto no capítulo I, nesse modelo, o Estado é concebido com novas finalidades que não se limitam a garantir as liberdades individuais e políticas. O Estado intervém diretamente na economia e responsabiliza-se ao cumprimento de deveres de respeito e de proteção da população, mas também de promoção, em prol do bem-estar social.

Nesse contexto, metas e programas começam a fazer parte da agenda estatal. Ao disciplinar a ordem econômica e financeira, a Carta Constitucional de 1988 estabeleceu que o planejamento fosse obrigatório à gestão pública e indicativo ao setor privado²⁴⁰. Frente aos novos parâmetros constitucionais, o orçamento também foi revisto. A concepção de uma ferramenta estanque, de natureza meramente contábil, em busca do equilíbrio financeiro,

²³⁹ Interessante consideração é feita por JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (“*Em torno da reserva do possível*”, In Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 160) ao apontar uma deturpação recorrente em relação aos gastos públicos. Conforme o autor: “Quando as necessidades são financeiras, parece também fácil debitar ao Estado uma conta que jamais fechará e não se fala mais nisso. Como o Estado presume-se imortal e não sujeito à falência penduram-se contas sem fim”. Sobre a temática, ver NOBERTO BOBBIO, *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*, op. cit., p. 36. Para o autor, a sociedade civil se torna cada vez mais uma fonte inesgotável de demandas direcionadas ao Poder Público. Para solucionar essa solução dilemática que acarreta uma sobrecarga no sistema, ele propõe que o poder político efetue escolhas criteriosas, ainda que com elas gere descontentamentos, os quais são inevitáveis nesse difícil processo de escolha.

²⁴⁰ Cf. artigo 174, caput, da Constituição Federal de 1988.

dissociada da ideia de planejamento, passou a ser obsoleta. Sob essas bases, a peça orçamental de previsão de receitas e de autorização de despesas revelou-se ineficaz para o atendimento das novas finalidades estatais. Não por acaso, o Legislador Constituinte optou por contemplar, em seu texto, o denominado “orçamento-programa”.

Em uma análise comparativa, o orçamento tradicional é dissociado do planejamento governamental, limitando-se a instrumentalizar a alocação de recursos. A peça orçamental enfatiza o aspecto contábil das finanças públicas e por essa razão é chamada de “lei de meios”. A sua fiscalização baseia-se em uma análise de legalidade.

Por sua vez, o orçamento programa está diretamente relacionado ao planejamento governamental. A alocação de recursos busca o atendimento de objetivos e metas durante o processo de execução orçamental, elaboradas na etapa de planejamento. O aspecto contábil do orçamento não constitui o seu âmago e precisa estar diretamente atrelado aos programas nele contemplados. Nesse processo de planejamento são computados os custos de cada programa e os seus resultados são aferidos em consonância a indicadores previamente selecionados. Por fim, diferentemente do orçamento clássico, o controle do orçamento programa é realizado sob uma ótica mais ampla, de legalidade, mas também de legitimidade, eficiência, eficácia e economicidade²⁴¹.

O gasto público, portanto, deixou de ser analisado como um ato isolado, matematicamente computado em uma conta inclusa no orçamento e passa a ser contextualizado às necessidades públicas e aos objetivos pretendidos pelo Poder Público. Um processo mais complexo, interdependente, que envolve inevitavelmente programação, efetividade nos resultados e responsabilidade orçamentária.

Embora a Constituição Federal tenha consagrado o orçamento programa em 1988, os seus embriões são anteriores²⁴² e encontram suas origens na Constituição Estadual do Rio de

²⁴¹ Sobre a transição orçamentária da concepção liberal para a social de Estado, ver JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 54/61; JOSE AFONSO DA SILVA, *Orçamento Programa no Brasil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, p. 03/04; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 751; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 10/22 e ANTONIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., 52/67.

²⁴² Segundo AUGUSTINHO PALUDO (*Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 13), o orçamento programa no Brasil recebeu influência do *Planning Programming Budgeting System* - PPBS, criado nos Estados Unidos, em meados da década de 50, do século XX. Essa modalidade orçamental tinha como objetivo a integração entre planejamento e orçamento, por meio da implantação de programas financeiramente quantificados e da definição de metas e objetivos, além de métodos para a aferição dos seus resultados. Para um maior detalhamento sobre o *Planning Programming Budgeting System* - PPBS, ver NAZARÉ DA COSTA

Janeiro de 1961, na Lei nº 4.320/1964 e, em seguida, no Decreto-Lei nº 200/1967. A Constituição da Guanabara, como era denominada a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, condicionava a proposta orçamentária aos planos de ação do Governo, bem como determinava a obrigatoriedade de dotações para os programas plurianuais de investimento²⁴³. A Lei nº 4.320/1964, ainda vigente, prevê que a Lei Orçamentária Anual deve conter a descrição das receitas e despesas de modo que se evidencie a política econômica financeira do Governo, como também o seu programa de trabalho, suas metas e objetivos²⁴⁴. Por meio do Decreto-Lei nº 200/1967²⁴⁵, o Governo Federal relacionou as despesas públicas aos objetivos descritos no Plano Plurianual. Nesse cenário, merece destaque, ainda, os reiterados planos econômicos implantados no país, tais como os Planos Nacionais de Desenvolvimento Econômico e Social I, II e III, instituídos em meados das décadas de setenta e oitenta do século passado. Ocorre que as instabilidades políticas e as incertezas econômicas, principalmente no campo da dívida pública, vivenciadas naqueles tempos, comprometeram, em demasia, os seus êxitos²⁴⁶.

Assim, influenciado pelos estatutos legais pretéritos, o orçamento-programa é concebido pelo Legislador Constituinte, no Brasil, como um instrumento de planejamento e de organização à disposição do Estado, capaz de otimizar ações estatais e voltá-las à concretização de objetivos preestabelecidos. Por seu intermédio, o Poder Público analisa as alternativas possíveis, fixa os seus objetivos e prioridades, identifica os meios para os seus cumprimentos, quantifica as metas a serem alcançadas e delimita as dotações a serem aplicadas em prol do atendimento das demandas da comunidade.

A estruturação da atividade financeira do Estado sob a forma de programas visa imprimir maior racionalidade e eficiência às ações governamentais. O objetivo é maximizar as arrecadações, destinando-as aos programas e projetos mais necessários à coletividade. Isso porque esse modelo orçamentário, cujo embrião remonta ao apresentado na Organização das Nações Unidas em 1959, concede mais atenção às obrigações que um Governo planeja e realiza do que aquilo que ele efetivamente adquire ou gasta²⁴⁷. As aquisições estatais, na

CABRAL, *Programação e Decisão Orçamental. Da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade econômica*, op. cit., p. 379/391; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 196/172/181 e SERGIO JUND, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, op. cit., p. 81/82.

²⁴³ Cf. artigo 19, incisos I e IV da Constituição do Estado de Guanabara de 1961.

²⁴⁴ Cf. artigos 2º e 25 da Lei nº 4.320/1964.

²⁴⁵ Cf. artigos 7º, 16, 17 e 18 do Decreto-Lei nº 200/1967.

²⁴⁶ Sobre a experiência brasileira de planejamento, ver JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 268/272 e LUCAS DE MORAES CASSIANO SANT'ANNA, *Aspectos Orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, op. cit., p. 26/33.

²⁴⁷ Cf. GONZALO MARTNER, *Planificación y presupuesto por programas*, 4ª edição, Ed. Siglo

realidade, servem como instrumentos para o desempenho dos deveres governamentais. Os fins atingidos pelo Estado é que possuem verdadeira relevância no orçamento-programa.

De igual forma, o orçamento-programa reforça a transparência sobre os gastos públicos, uma vez que confere maior visibilidade às finalidades estatais que ali estão devidamente descritas e, por via de consequência, à avaliação dos resultados e benefícios proporcionados à sociedade. Ao fomentar a transparência, viabiliza-se, por conseguinte, o controle interno e externo da execução orçamentária. Em paralelo, o orçamento-programa possibilita a condução da atividade financeira do Estado para o atendimento de uma função distributiva, através de ações voltadas à promoção da igualdade material. Ao mesmo tempo, essa modalidade orçamental possui uma função estabilizadora, capaz de permitir que o Estado supra as lacunas deixadas pelo mercado e as contrabalanceie por meio de medidas que mantenham a estabilidade econômica.

Dessa feita, pode-se afirmar que a Constituição Federal, ao instituir o orçamento-programa, estabeleceu uma importante conexão sistêmica, capaz de interligar os objetivos constitucionais, o planejamento público e a atividade financeira estatal. Tudo com o único propósito de conferir efetividade ao texto constitucional²⁴⁸.

Interessante notar como a sistemática constitucional criou um ciclo contínuo e que se retroalimenta. A Constituição fixa os desafios macros a serem perquiridos pelo Estado e os direitos fundamentais a serem respeitados, protegidos e promovidos. Para tal mister, o Estado precisa planejar e definir a sua linha de atuação. Para agir, precisa de recursos. Como os recursos são escassos, é necessário selecionar prioridades. No processo de escolha, o gestor tem que ter como norte os objetivos constitucionais. A depender de como são feitos os gastos, os objetivos constitucionais poderão ser mais ou menos atendidos. Dito de outro modo, para saber se o gasto está ou não de acordo com o ordenamento jurídico é importante observar o caminho trilhado pelo governante e se houve coerência à sistemática constitucional vigente.

É sabido que aos poderes constituídos recai o dever de fidelidade às opções e finalidades descritas na Constituição, bem como a obrigação do seu máximo cumprimento. Nesse sentido, a atividade financeira do Estado deve ter o seu início no texto constitucional e

Veintiuno, México, 1972, p. 194/195. Ver ainda AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 09/12.

²⁴⁸ O Ministro Celso de Mello manifestou-se sobre os perigos de se criar uma Carta Constitucional sem efetividade, ao analisar a inexecução do “Programa Sentinela”, destinando ao atendimento de crianças e adolescentes, vítimas de abuso e/ou exploração sexual, pelo Município de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, ao relatar o seu voto no Recurso Extraordinário nº 482.611/SC, DJ de 07.04.2010.

a ele está vinculado. A programação governamental precisa basear-se nos objetivos e direitos ivados de fundamentalidade descritos na própria Carta da República²⁴⁹. A partir dessas finalidades constitucionais é que o gestor eleito organiza o seu Plano Plurianual, descrevendo, para os quatro anos seguintes, os objetivos e as metas a serem trabalhadas. Nesse momento, é apresentado o seu programa de governo. Não mais como promessa eleitoral e sim como compromisso político, passível de controle. Trata-se de um planejamento estratégico, projetado a médio e longo prazo, com consequências estendidas por vários anos.

Definidas as aspirações gerais, que influenciarão os demais planos nacionais, regionais e setoriais, o administrador, anualmente, fixa as prioridades a serem atendidas durante cada um dos exercícios financeiros, por meio das Leis de Diretrizes Orçamentárias. Trata-se de um planejamento tático desenvolvido para projetar efeitos em um espaço menor de tempo.

Por outro giro, a Lei Orçamentária anual, engloba as escolhas pontuais, provenientes de decisões maiores e mais genéricas dispostas no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Em seu âmbito são contempladas, de forma objetiva, as ações concretas que serão executadas para o atingimento das prioridades governamentais e dos objetivos gerais estabelecidos. Trata-se de um planejamento operacional, mais específico e detalhado.

Ao final, para viabilizar a peça orçamentária anual e com base nos créditos e dotações previstas em seu bojo, o Estado pratica atos administrativos e firma contratos e convênios, desenvolvendo cada tarefa ou atividade individualmente prevista na Lei Orçamentária Anual.

Nessa linha sucessiva de ações, a intervenção mais concreta deve pautar-se nas linhas estratégicas mais gerais. Há uma parametricidade de cunho diretivo entre os objetivos e as ações, em que os de caráter geral conduzem os de cunho restrito. Trata-se, na verdade, de

²⁴⁹ Nesse sentido, LEONEL PIRES OHLWEILER (*“Políticas Públicas e Controle Judicial: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito”*, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 307) afirma que o texto da Constituição Federal, como grande pacto político e social que é, já possui uma variedade de fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade civil. Portanto, é retirada da esfera da liberdade dos agentes públicos a possibilidade de frustração injustificada de tais promessas constitucionais. Para ele, os programas governamentais devem ser capazes de conduzir os destinos da comunidade na direção constitucional. Com esse mesmo pensamento, INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, *“Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”*, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 34).

programações estratégicas, operacionais e táticas²⁵⁰, harmonicamente organizadas, que vinculam a atuação do gestor. De modo que, ao final do mandato, seja possível identificar se os gastos públicos estão ou não de acordo com o ordenamento jurídico, como também verificar se os fins constitucionais incluídos, inicialmente, no planejamento de governo do administrador foram, de fato, executados por ele.

Aliás, o êxito do orçamento-programa depende da clareza e da precisão das ações prescritas nesse plano. Nesse sentido, deve-se abrir um parêntese para se perquirir o que verdadeiramente significa a descrição clara e precisa dessas ações e dos dispositivos orçamentários que as contemplem. Uma resposta objetiva e aplicável a toda e qualquer situação provavelmente seja difícil de ser redigida. Mas a análise de casos concretos pode ser elucidativa no esclarecimento da questão. Por exemplo, uma previsão que abarque a construção de n hospitais no país não é suficiente para verificar se as necessidades da população na seara da saúde pública serão ou não atendidas. Se fosse satisfatório, gastos públicos destinados à construção de um hospital, em uma área do país repleta de unidades hospitalares, em detrimento de outras regiões igualmente populosas e desprovidas de estabelecimentos semelhantes, não soaria como uma escolha ilegítima. Outro exemplo de dispositivo aberto seria aquele em que consta a autorização de créditos orçamentários para a construção de n postos de saúde, sem a indicação do quantitativo real de contemplados. Assim, o ideal é que os enunciados tragam definido o número de usuários do sistema público de saúde que seriam beneficiados com a edificação dessas novas unidades de saúde.

Sem indicação dos resultados pretendidos pelo gestor com as suas projeções, a quantificação do desempenho das ações estatais restaria comprometida, bem como todo o

²⁵⁰ Ao tratar dos desdobramentos dos objetivos estruturantes no âmbito privado, IDALVERTO CHIAVENATO (*Introdução à Teoria Geral da Administração*, 7ª edição, Ed Elsevier, Rio de Janeiro, 2003, p. 169/171) apresenta ensinamentos que podem ser empregados, de maneira salutar, ao setor público. O autor afirma que as organizações buscam alcançar vários objetivos concomitantemente. Dessa feita, há uma relação paramétrica entre os objetivos, na qual alguns deles são mais importantes e predominam sobre os demais. Os objetivos maiores contêm estruturas mais amplas e menores especificações. De outro lado, os objetivos específicos caracterizam-se por uma menor amplitude, com mais detalhamentos. Para o autor, há três níveis distintos de planejamento: os planejamentos estratégico, tático e operacional. O primeiro é mais amplo e abrange toda a organização, além de ser planejado para o longo prazo, com efeitos produzidos por muitos anos. Sua concepção é elaborada pela cúpula da organização em seu nível institucional. Por sua vez, o planejamento tático abarca cada departamento ou unidade da organização; é concebido para o médio prazo e previsto no nível intermediário da organização. Por fim, o planejamento operacional engloba cada tarefa ou atividade específica, sendo projetado para o curto prazo e definido no nível operacional, para cada tarefa ou atividade. Sobre o tema ver também JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 222/232. A respeito das diretrizes metodológicas para a elaboração de políticas públicas, ver MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “*Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*”, in Cristiana Fortini, Júlio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias, *Políticas Públicas, Possibilidades e Limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 255/256.

aparato de controle orçamental. A estruturação aberta e indeterminada dos dispositivos orçamentários dá azo para se contemplar tudo e ao mesmo não se produzir nada. Sem dúvida, previsões genéricas dão margem a gastos estéreis. E, em tempos de crise, tal como se vive no país, a qualidade das despesas públicas passou a ser um dever ainda mais fundamental aos gestores.

Portanto, se bem delineado, o orçamento-programa é uma importante ferramenta constitucional de combate às práticas patrimonialistas no manuseio do erário. Os objetivos e metas nele inscritos direcionam a Administração, que deve empenhar todos os seus esforços no intuito de cumpri-los. O ato de gastar recursos públicos, portanto, não constitui um fim em si mesmo, tampouco advém da absoluta discricionariedade do gestor. Ele constitui apenas um dos atos que compõem a atividade financeira do Estado, mais ampla e complexa, e deve ser guiado pelas indicações trazidas pela própria Constituição Federal.

Em busca do horizonte de bem-estar social traçado pela Carta de 1988 e com o objetivo de demonstrar aos demais poderes constituídos a direção que deve pautar a atividade administrativa e financeira do Estado, o Legislador Constituinte apresentou os parâmetros principais, no corpo do texto constitucional, para diversas políticas públicas. É o que ocorre, por exemplo, com a política urbana, em que é previsto que o seu objetivo é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes²⁵¹. Para a política agrícola e de reforma agrária o Constituinte estabeleceu a função social da propriedade rural²⁵². No que pertine à política de ciência e tecnologia disciplinou que a pesquisa tecnológica deverá voltar-se, de forma preponderante, para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e setorial²⁵³. Para a política de educação, determinou que a sua formatação almejasse o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho²⁵⁴. Segundo a Constituição, ainda, a organização da seguridade social necessita ser baseada em objetivos, tais como a universalidade do atendimento, a uniformidade dos benefícios e serviços, a equidade na forma de participação no custeio e a irredutibilidade do valor dos benefícios²⁵⁵. De outro giro, a política de segurança pública precisa ser executada para a

²⁵¹ Cf. artigo 182 da Constituição Federal de 1988.

²⁵² Cf. artigos 184 a 191 da Constituição Federal de 1988.

²⁵³ Cf. artigos 218 a 219 da Constituição Federal de 1988.

²⁵⁴ Cf. artigos 205 a 217 da Constituição Federal de 1988.

²⁵⁵ Cf. artigos 194 a 204 da Constituição Federal de 1988.

preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e dos seus patrimônios²⁵⁶ e a política ambiental deve pautar-se na construção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à qualidade de vida²⁵⁷.

Interessante notar que há um ponto comum em todas essas políticas, as quais englobam vários temas da mais alta relevância para a sociedade: A preocupação do Legislador Constituinte em utilizar os recursos arrecadados para gastos voltados à proteção e ao bem-estar dos cidadãos brasileiros. Resta claro que a opção ideológica constitucional partiu do pressuposto de que o desenvolvimento do mercado, com suas próprias regras, seria incapaz de promover, por si, a redução das desigualdades sociais²⁵⁸. Por este motivo, a Carta Constitucional definiu ser importante que o Estado interviesse, através de políticas públicas direcionadas à diminuição da pobreza, à geração da igualdade material e ao desenvolvimento da autodeterminação individual²⁵⁹.

²⁵⁶ Cf. artigo 144 da Constituição Federal de 1988.

²⁵⁷ Cf. artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

²⁵⁸ Interessante estudo sobre investimentos em serviços públicos sociais foi apresentado por PETER TOWSEND, *The right to Social Security and National Development. Lessons from OECD Experience for Low-Income Countries* 17, Issues in Social Protection Discussion Paper nº18, Internacional Labor Office, Geneva, 2007. Disponível em: <<http://www.cwp-csp.ca/wp-content/uploads/2011/07/2007-the-right-to-social-security-and-National-Development-Peter-Townsend.pdf>>. Acesso em: 11.07.2017. Em sua avaliação: “Evidence that lower spending by OECD governments on social services and social security promotes higher economic growth is not conclusive. For selected groups of high – and low – spending member countries, and for selected recent historical periods of ten years or more, the reverse can be demonstrated”. Ao tratar do artigo do autor americano, MALLA POLLACK (“O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Coords.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013, p. 329) cita que a ideia defendida por doutrinadores com afinidades à ideologia neoliberal de que um maior investimento em serviços públicos sociais e em seguridade social impediria o crescimento e que o crescimento econômico sozinho levaria a uma redução na pobreza, não atraiu evidências convincentes, segundo pesquisas. Há mais apoio à ideia alternativa de que o gasto público no social produz impactos positivos no crescimento de uma nação. Em uma das pesquisas, analisaram-se os dados sociais e econômicos, por um período maior de 10 anos, nos Estados Unidos, na Alemanha e na Holanda, países que representam os regimes neoliberal, corporativista e social-democrata, respectivamente. Avaliou-se, nesses três países, o grau de sucesso em promover eficiência (crescimento econômico e prosperidade), redução de pobreza, promoção de igualdade, integração, estabilidade e autonomia. No resultado, os EUA acabaram não sendo mais eficientes que os outros dois países. De um modo geral, os dados estatísticos apurados com o passar do tempo sugerem, em ambos os critérios econômico e social, que o regime de Social Democracia tem vantagens ante o corporativista, e que ambos tinham vantagens ante os estados de ideologia neoliberal. Em conclusão e com amparo nas pesquisas realizadas, o autor refutou o argumento de que a seguridade social tem um impacto negativo no desenvolvimento econômico de uma nação.

²⁵⁹ A autora MALLA POLLACK (“O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos”, op. cit., p. 342/343) afirma que a ausência de direitos positivos na Constituição dos Estados Unidos encontra-se historicamente relacionada à escravidão e constitui um legado negativo. Segundo ela, esses reflexos podem ser sentidos em duas frentes. Na educação e no sistema prisional. Ao analisar a segregação racial existente nas escolas americanas, a autora narra que os estudantes brancos têm pouco contato com os estudantes que representam as minorias raciais. E que além de não haver integração, as condições estruturais das unidades de ensino são diversas e piores aos alunos pertencentes a grupos minoritários. No que diz respeito ao sistema prisional, 40% (quarenta por cento) da população carcerária americana é composta por negros e 20% (vinte por cento) por hispânicos. Um entre oito negros americanos, do sexo masculino, com idade entre 25 (vinte e cinco) e

Não obstante a coerência do sistema constitucional e a aparente simplicidade dos caminhos que precisam ser seguidos pelos administradores, na prática, a questão envolvendo os gastos públicos e a efetividade constitucional revela-se mais complexa. Para tanto, basta analisar a qualidade dos serviços públicos essenciais ofertados no Brasil, caracterizados pela precariedade e pela ineficiência²⁶⁰. Destarte, temas em torno do planejamento, da execução e da avaliação orçamental devem ser trazidos a lume para que o gestor tenha parâmetros mais objetivos no momento de definir o que fazer, onde fazer, quando fazer, como fazer e o quanto gastar dos recursos públicos arrecadados dos contribuintes. De fato, não basta que o Estado gaste. É imprescindível que ele o faça bem, com programação, em observância aos trâmites legais, de forma legítima, com economicidade e efetividade.

3.3 Planejamento, execução e avaliação

A programação, além de ser uma exigência constitucional aos poderes constituídos, compreende uma prática importante para que qualquer pessoa e/ou instituição se organize e consiga se desincumbir das tarefas e finalidades que lhe forem impostas. Seria inimaginável começar a reforma de uma residência sem antes definir quais cômodos seriam reformulados e sem que fosse realizado um orçamento inicial. Ademais, durante o desenvolvimento da edificação, é fundamental o acompanhamento da execução, para verificar se os objetivos almejados estão sendo atendidos e para que os custos orçados não sejam ultrapassados. Ao término da obra, o seu idealizador fatalmente preocupar-se-á em avaliar se os projetos iniciais

29 (vinte e nove) anos, está em prisões ou cadeias. E aponta como efeitos colaterais desse excesso de encarceramento da população negra norte-americana uma raiva dessa comunidade contra as autoridades, o que tem provocado inúmeros conflitos sociais. Além disso, uma condenação por crime considerado muito grave nos Estados Unidos promove também a perda permanente do direito a voto, retirando, dessa população, o direito de exercer plenamente a sua cidadania. No Brasil, conclusões semelhantes são extraídas pelo sociólogo JESSE SOUZA (*A elite do atraso*, op. cit., p. 73/107). Segundo o autor, a escravidão deixou nefastos rastros na estruturação social do país. Em passagem do seu livro, relata ser esse o berço de uma classe abandonada e odiada, somente tolerada para fazer os serviços mais penosos e perigosos, a baixo preço, para o conforto de outros. Ao analisar o ciclo da pobreza e da exclusão, no país, o autor destaca: “O pobre e excluído, ao concluir a escola como analfabeto funcional, como tantos entre nós, se sente culpado pelo próprio fracasso e tão burro e preguiçoso como os privilegiados que receberam tudo de ‘mão beijada’ desde o berço, costumam percebê-lo. O círculo da dominação se fecha quando a própria vítima do preconceito e do abandono social se culpa por seu destino, que foi preparado secularmente por seus algozes”.

²⁶⁰ Em conformidade à pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Tecnologia Educacional - ABTE, três quartos dos brasileiros com idade entre 15 (quinze) a 64 (sessenta e quatro) anos são analfabetos funcionais, uma vez que não conseguem ler e escrever plenamente, tampouco interpretar e contextualizar textos. Disponível em: <http://www.abt-br.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=287&Itemid=2>. Acesso em: 30.10.2014. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, a população de brasileiros, no ano de 2014, era de aproximadamente 202 (duzentos e dois) milhões de pessoas. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br.2014>>. Acesso em: 30.10.2014.

foram concretizados a contento e comparar se os valores dispendidos se ativeram ou não ao orçamento inicial. Até mesmo para que sejam adotados, nas futuras reformas, os devidos cuidados, a fim de que se evite a reiteração de eventuais equívocos.

A programação governamental não transcorre de forma diferente. Ao contrário. Com o manuseio do erário público a responsabilidade do gestor é maior. A gestão responsável implica, em um primeiro momento, na formulação de objetivos e na seleção de prioridades. Em seguida, na realização de estudos e escolhas de alternativas possíveis para futuras ações concretas²⁶¹. Em um terceiro momento, na execução propriamente dita da alternativa selecionada e, por fim, na avaliação, *a posteriori*, das escolhas realizadas. Em resumo, programação governamental é uma prática que envolve planejamento, execução e controle. Uma sequência bem articulada, a serviço da boa governança²⁶².

Planejar, executar e avaliar são tarefas que compõem o ciclo orçamentário. Tal ciclo pode ser definido como um processo contínuo e ágil, repleto de fases que se repetem periodicamente e que se realimentam, através do qual se elabora, aprova, executa, avalia e controla a atividade financeira do Estado²⁶³.

Cada uma das suas etapas, cuja duração é superior ao exercício financeiro,

²⁶¹ Para ANTONIO L. DE SOUSA FRANCO (*Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 340) o poder de planejar é fundamental. O montante de verbas públicas envolvidas e os seus impactos econômicos sob uma perspectiva global tornam indissociável o gasto estatal do planejamento econômico e social.

²⁶² *Good Governance* constitui um termo cuja autoria é imputada ao economista John Williamson e foi introduzido no Acordo de Cotonou, realizado no Benin, para fins de cooperação comercial e financeira, firmada entre os países da União Europeia - UE e da África, das Caraíbas e do Pacífico - ACP. No artigo 9º do referido acordo define-se “Boa Governança” como sendo a: “gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros para efeitos de desenvolvimento equitativo e sustentável”.

²⁶³ Sobre políticas públicas e o ciclo orçamentário, ver SERGIO MENDES, *Administração Financeira e Orçamentária*, op. cit., p. 59/87; EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 89/106; PAULA ARCOVERDE CAVALCANTI, *Análise de Políticas Públicas. O estudo do Estado em ação*, Eduneb, Salvador, 2013, p. 55/100; MARIA PAULADALLARI BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 252/269; MARIA PAULA DALLARI BUCCI, *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*, op. cit., p. 225/258; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Efetivação de Políticas Públicas: uma questão orçamentária”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1087/1110 e RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO, “A mudança do paradigma orçamentário: do controle do Estado para a implementação de políticas públicas. A função da receita pública no Estado Democrático e Social do Direito”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1045/1066. Para OSVALDO MALDONADO SANCHES (“O ciclo orçamentário: uma reavaliação à luz da Constituição de 1988”, In James Giacomoni e José Luiz Pagnussat (Coords.), *Planejamento e orçamento governamental*, Coletânea, vol. 02, Revista da Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2007. Disponível em: <http://neci.fflch.usp.br/sites/neci.fflch.usp.br/files/Coletanea%20Planejamento%20Orçamento%20ENAP%20200%20ciclo%20orçamentário.pdf>. Acesso em: 17.01.2017), o ciclo orçamentário é composto por quatro etapas, cuja materialização se estende por vários anos. São elas a elaboração e a apresentação; a autorização legislativa; a programação e a execução e, por fim, a avaliação e o controle.

corresponde a desdobramentos que perpassam pelas esferas de decisão dos poderes detentores da competência orçamental, sob a fiscalização de diversas instituições e, principalmente, da própria sociedade. Ninguém melhor que o dono da casa, para fiscalizar a sua obra, para verificar se as suas expectativas foram contempladas e se o seu custo final foi econômico e proporcional aos benefícios aferidos com a reforma.

No que diz respeito à análise desse processo é imprescindível, ainda, destacar que a separação analítica de cada um dos seus desdobramentos não corresponde a uma separação real. É certo que cada momento possui seus atores, limitações, decisões, desenvolvimento e resultados próprios. Contudo, os produtos de cada uma das etapas interferem nas demais e são afetadas por aquilo que acontecem nas outras. O ciclo orçamentário, dessa feita, é absolutamente dinâmico. Contêm componentes necessários e interdependentes, que se integram mutuamente, em prol da esmerada gestão da coisa pública.

3.3.1 Do planejamento

Planejamento significa a ação de preparar um trabalho, de forma sistemática²⁶⁴.

No campo político-administrativo, planejamento corresponde a um conjunto de ações coordenadas desenvolvidas no âmbito de um processo, capaz de direcionar as políticas públicas do Estado para o atingimento de finalidades preestabelecidas, transformando a realidade, em prol dos interesses dos indivíduos.

No processo orçamentário, planejar significa elaborar planos de gastos futuros do Governo, em situações que exijam a intervenção governamental, com base em estimativa de receitas e de acordo com as opções e diretrizes políticas definidas pelos legisladores constituinte e ordinário²⁶⁵. Isto porque, para o planejamento ser factível, é essencial que desde a sua elaboração haja equilíbrio entre a real capacidade financeira do Estado e a alocação dos seus recursos. Não adianta montar um plano ideal que não possa ser viabilizado em decorrência do cenário fiscal e econômico, ou seja, que não seja exequível.

²⁶⁴ Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/planejamento>>. Acesso em: 22.12.2016.

²⁶⁵ No presente trabalho, os termos planejamento e programação orçamental são utilizados concomitantemente, com o sentido acima mencionado. Contudo, não passou despercebida a diferenciação apresentada por NAZARÉ COSTA CABRAL (*Programação e Decisão Orçamental. Da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade econômica*, op. cit., p. 618/619) entre ambos os conceitos. Para a professora da Universidade de Lisboa, programação é uma migração do planejamento. Enquanto as ferramentas contidas na programação estão angariando força autônoma, o planejamento tem se fragilizado, reduzindo-se a funções de natureza meramente informativa.

Ademais, para conferir racionalidade e coerência ao planejamento ainda é necessário que a sua elaboração contenha²⁶⁶:

a) A definição precisa e transparente do problema ou do estado de coisas que exija intervenção financeira do Governo;

b) A realização de um diagnóstico capaz de apurar como esse problema ou estado de coisas vem sendo tratado pelo Poder Público, as possíveis causas que prejudicam a efetividade das ações governamentais e o delineamento do cenário futuro desejado;

c) A formulação das soluções alternativas;

d) A fixação de metas e previsão dos seus custos;

e) A tomada de decisão sobre qual será a intervenção adequada à solução do problema ou do estado de coisas.

A escolha do problema a ser enfrentado pelo Governo não corresponde a uma mera liberalidade do gestor. Como dito anteriormente, a ordenação constitucional propõe uma série de fins a serem atendidos, os quais vinculam a atividade financeira do Estado. Entre as opções predefinidas, o gestor poderá identificar um problema ou estado de coisas referente a uma das finalidades constitucionais que exija maior aprofundamento e célere atenção do Estado.

Essa escolha entra na agenda do Governo como decorrência lógica da relação mantida com os cidadãos. Afinal, as relações cotidianas possibilitam que o administrador público tenha uma interlocução com a população e perceba quais são os problemas e as demandas sociais mais relevantes que estão sendo negligenciadas ou atendidas, de forma insatisfatória.

Contudo, nessa etapa, os grupos minoritários podem encontrar dificuldades em dar

²⁶⁶ Sobre o planejamento sob a ótica financeira, mencionam-se, a seguir, apenas algumas referências bibliográficas: EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *o Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 91/96; *Orçamento Público*, op. cit., p. 228/241; EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 309/314 e 347/351; AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 61/139; SERGIO MENDES, *Administração Financeira e Orçamentária*, op. cit., p. 60/74; CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*, op. cit., p. 25/48; PAULA ARCOVERDE CAVALCANTI, *Análise de Políticas Públicas. O estudo do Estado em ação*, Eduneb, Salvador, 2013, p.136/198; LUCIANO BENETTI TIMM, *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?*, op. cit., p. 51/62; DENIS ALCIDES REZENDE e A.E.ABREU, *Planejamento estratégico público ou privado: guia para projetos em organizações de governo ou de negócios*, vol 02, Ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 35/48; ÉLIDA GRAZIANE PINTO, *Eficácia dos direitos sociais por meio de controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*, op. cit., p. 76/98; RENATA PORTO ADRI, *O Planejamento da Atividade Econômica como Dever do Estado*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 113/158 e HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 20ª edição, Malheiros Ed., São Paulo, 1995, p. 636/640.

visibilidade aos seus interesses e incluí-los na agenda do Governo, não raras vezes, mais preocupado em não contrariar a opinião da maioria dos cidadãos, potenciais eleitores²⁶⁷. De igual forma, não é incomum o Governo decidir realizar intervenções para atender a interesses de grupos detentores de poder político e/ou econômico em detrimento de necessidades sociais mais prementes, de pessoas hipossuficientes, com dificuldades de representação frente à Administração Pública. Não se pode olvidar que a transformação da demanda social em problema público depende, em grande medida, dos atores envolvidos e dos interesses em jogo²⁶⁸.

Nesse contexto, é importante analisar com cuidado a lista dos assuntos que merecem atenção do Poder Público para que seja possível a identificação de quem, por detrás, influenciou na sua formação e se o rol das prioridades selecionadas encontra-se em consonância com o Estado Democrático de Direito.

A partir do momento em que o problema passa de uma percepção inicial e se decide torná-lo objeto de uma intervenção governamental é preciso avaliá-lo, com maior vagar. Surge, assim, a necessidade de se realizar um diagnóstico. A característica mais destacada do diagnóstico é propiciar aos envolvidos no processo orçamentário conhecimento pleno da realidade em que se vive, bem como delinear o cenário de futuro desejado. Por seu intermédio, identificam-se as necessidades sociais, os recursos disponíveis, os resultados produzidos até o momento, os instrumentos e os meios utilizados e disponíveis, bem como as causas da situação atual²⁶⁹.

²⁶⁷ Sobre o tema, são relevantes as ponderações realizadas por JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 63) ao afirmar que o Estado é responsável pela promoção do acesso igualitário dos indivíduos aos bens protegidos pelos direitos fundamentais, principalmente quando os particulares são hipossuficientes e não dispõem de recursos, para com meios próprios, obterem, por si, tais direitos. Nessa conformidade, EDUARDO MENDONÇA (“*Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas*”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 388) sinaliza que o processo precisa pensar no conjunto sem, jamais, ignorar as minorias. Afinal, o impedimento da participação das minorias de hoje significa tirar-lhes a chance de se transformarem em majorias no futuro, o que os torna sujeitos de manipulação. O autor JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (“Em torno da reserva do possível”, op. cit., p. 158) considera que a prestação do serviço requer um planejamento que se baseie em estatísticas. Isto não equivale a ignorar os casos singulares. No entanto, o doutrinador entende que a definição das escolhas públicas tem que partir da avaliação dos casos universais, ou seja, daqueles que acontecem na maioria das vezes.

²⁶⁸ Cf. CHARLES E. LINDBLOM, *O processo de decisão política*, Ed. UnB, Brasília, 1981, p. 08/10.

²⁶⁹ Para EDGAR ORTEGÓN, JUAN FRANCISCO PACHECO e HORÁCIO ROURA (*Metodologia General de Identificación, preparación y evaluación de proyectos de inversión pública*, Cepal/ILPES, Santiago, 2005, p. 13/15), a qualidade das informações obtidas com a identificação dos problemas a serem enfrentados interfere diretamente na efetividade do projeto público, quando executado pelo Governo. Sobre a qualidade das informações que servem de base às previsões, ver GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS,

Em seguida, após escolher o problema a ser enfrentado e munido de um diagnóstico completo, o gestor tem melhores condições de selecionar os meios necessários para a consecução da solução da questão. Para tanto, deve-se formular alternativas de intervenções governamentais e avaliar os impactos que cada uma delas promove na resolução da demanda. Afinal, um mesmo problema, em regra, pode ser abordado e resolvido por meio de uma pluralidade de soluções.

A situação, de fato, não é simples. Para exemplificar, toma-se a questão relacionada à evasão escolar. Sobre o tema, o Poder Público pode identificar variados programas que contribuiriam, em maior ou menor medida, para a sua solução, tais como os programas de apoio financeiro à família do aluno; de valorização dos professores; de melhorias na estrutura física das unidades de ensino; de redução nos índices de reprovação; de implantação de atividades extracurriculares e de reforço escolar. A questão é que a multiplicidade de opções implica, naturalmente, em uma situação de conflito para descobrir quais das possibilidades concorrentes serão as mais efetivas para dirimir o problema. Trata-se de verdadeiros *hards cases*. Por isso, o processo de escolha tem que ser realizado cuidadosamente, segundo critérios que possam produzir projeções reais. Nas palavras de Élide Graziane Pinto, “*sem diagnóstico, não há prognóstico minimamente razoável*”²⁷⁰.

Nessa sistemática de formulação de alternativas também devem ser considerados as possíveis consequências dos programas em investigação. Ao estabelecer critérios para mensuração do desempenho dos programas alternativos são levadas em consideração as análises de custo e benefício, de eficiência, de produtividade, bem como as vantagens sociais e econômicas produzidas. Além dessas condicionantes, é preciso avaliar os seus custos diretos e indiretos, as externalidades negativas e positivas, os resultados a serem obtidos, os seus respectivos prazos e metas.

Com esses elementos em mãos, o Governo pode avaliar as aptidões de cada uma das alternativas disponíveis à solução do problema, a sua factibilidade em termos técnicos, culturais, financeiros, como ainda os benefícios e sacrifícios provenientes dessas escolhas.

Consolidação orçamental e política financeira, Ed. Almedina, Coimbra, 2014, p. 288. Assim também ÉLIDA GRAZIANE PINTO, *Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*, op. cit., p. 76/82.

²⁷⁰ Cf. ÉLIDA GRAZIANE PINTO, *Eficácia dos direitos sociais por meio de controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*, op. cit., p. 78. Com esse mesmo posicionamento, MARIA PAULA DALLARI BUCCI *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, op. cit., p. 269 e GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS, *Consolidação Orçamental e Política Financeira*, op. cit., p. 289/290.

Isso facilitará o passo seguinte: a tomada da decisão.

Essa etapa é feita pela autoridade competente²⁷¹ e é considerada como o encerramento de um ciclo, em que se escolhe uma alternativa, para o enfrentamento do problema governamental, diante das várias possibilidades consideradas. Trata-se de uma decisão eminentemente política²⁷². No entanto, não se pode ignorar que inúmeros atores e fatores, de ordem material e ideológica, podem influir sobre o processo decisório. A relação entre esses elementos múltiplos explica as razões de as decisões nem sempre serem as mais racionais ou coerentes.

O processo de decisão é objeto de estudo por diversas teorias analíticas²⁷³, como a teoria da racionalidade absoluta. Esse modelo sustenta que as decisões são produtos de um cálculo racional de todas as estratégias possíveis. E tem como premissa o fato de o gestor ter pleno conhecimento de todas as informações disponíveis sobre o problema e sobre as consequências das escolhas a serem adotadas. A decisão pela melhor opção é tomada a partir de uma avaliação abrangente e detalhada, baseada em critérios absolutamente objetivos e lineares.

Por sua vez, o modelo de racionalidade absoluta sofre muitas críticas, por ser uma teoria difícil de ser transportada do mundo ideal à realidade. Em oposição, tem-se o modelo da racionalidade limitada. Segundo essa teoria, o tempo, os recursos e os conhecimentos dos

²⁷¹ O Manual Técnico de Orçamento individualiza as atribuições dos órgãos envolvidos no processo de elaboração do orçamento público. O Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento realiza a revisão final do documento planejado, adequando a proposta às orientações do Presidente e elaborando a exposição de motivos de encaminhamento do projeto de lei. A Secretaria de Orçamento Federal – SOF tem como atribuições a coordenação, a consolidação e a supervisão da elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, no que diz respeito aos orçamentos fiscal e de seguridade social da União. Ademais, orienta e coordena os órgãos setoriais do orçamento. Esses, por sua vez, desempenham uma função de articulação, recepcionando e organizando os trabalhos desenvolvidos pelos órgãos subsetoriais e pelas unidades orçamentárias. São os órgãos setoriais os responsáveis pela análise e validação das propostas orçamentárias provenientes das respectivas unidades. Por fim, as unidades orçamentárias promovem os estudos de adequação da estrutura programática e coordenam o processo de atualização e aperfeiçoamento das informações constantes nos cadastros de ações orçamentárias.

²⁷² Ao analisar o processo de tomada de decisão, CHARLES E. LINDBLOM (*O processo de decisão política*, op. cit., p. 10) pontua sobre a sua complexidade e sobre as incertezas dos seus limites. O autor afirma que o processo de escolha é composto pelo conjunto multifacetado e dinâmico de forças que resultam determinados efeitos, os quais se chama de política.

²⁷³ Para melhor aprofundamento do tema, ver ANDRÉ-NOËL ROTH DEUBEL, *Políticas Públicas: formulación, implementación y evaluación*, Ed. Aurora, Bogotá, 2012 e *Enfoques para el análisis de políticas públicas*, Ed. Universidade Nacional de Colombia, Bogotá, 2010; JOHN FORESTER, *La racionalidad limitada y la política de salir del paso*, In L.F.Aguilar Villanueva (Coord.), *La hechura de las políticas*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1996, p. 315/340; MARIA PAULA DALLARI BUCCI, *Nota para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*, op. cit., p. 240/258; CELINA SOUZA, *Estado do campo da pesquisa em política pública no Brasil*, Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 18, nº 51, São Paulo, fev./2003, p. 15/20 e CRISTIANE DERANI, *Privatização e serviços públicos*, Ed. MaxLimonad, São Paulo, 2002, p.236.

técnicos responsáveis pelo diagnóstico são limitados. Nesse sentido, o gestor não consegue, de forma absolutamente racional, escolher a melhor alternativa, uma vez que não tem acesso a todas as informações e circunstâncias em torno do problema e da sua melhor solução. O modelo da racionalidade limitada procura pautar a decisão do administrador público com base na opção mais satisfatória, não ideal.

Em contraponto aos modelos de racionalidade absoluta e limitada, surge a teoria incremental. Por meio dessa teoria, busca-se a solução satisfatória não por meio dos métodos racionais, mas sim através de um processo experimental, de correções marginais feitas a partir dos acertos e dos erros vivenciados, quotidianamente. Há um enfoque nos cálculos individuais, feitos por quem está mais perto do problema. Com isso, constata-se uma menor resistência por parte dos executores das políticas às modificações que vão, paulatinamente, sendo realizadas. Para o modelo incremental, sucessivas pequenas mudanças tendem a modificar a realidade mais rapidamente do que uma alteração macro, mesmo que com fundamento racional, que não contam com experimentações empíricas.

Outra teoria relevante sobre a escolha governamental é a *public choice*, já abordada no presente trabalho, em passagem anterior. Esse modelo consiste em uma ramificação da escola da escolha racional e preocupa-se em analisar as falhas do sistema governamental em paralelo com as falhas de mercado. Para essa avaliação, a abordagem da escolha pública perpassa por diversas áreas, como a ciência política, a economia e o direito. O seu objetivo é investigar como as decisões do gestor são tomadas. Segundo essa teoria, cada gestor escolhe livremente as ações que pretende praticar e tem a seu dispor informações satisfatórias sobre o problema. Atua, portanto, com racionalidade limitada. Mas, ao decidir, nem sempre o faz segundo esse critério, mas sim de acordo com os seus próprios interesses, tal como ocorre com qualquer empresário na iniciativa privada. A diferença é que os governantes têm que se submeter, periodicamente, à apreciação popular. Nesse sentido, as decisões políticas, em geral, refletem escolhas que possibilitem ao gestor a sua manutenção no poder. Por esses motivos e não por razões de interesse público, as escolhas a serem adotadas podem conter coerência e acertos, eis que os políticos procuram evitar contradições e desacordos explícitos com os seus prováveis eleitores. Dessa maneira, o modelo da escolha pública assume que a peça fundamental no processo de tomada de decisões não são as unidades orgânicas dos setores público e privado, mas sim o próprio indivíduo, que possui como característica um comportamento egoísta, racional e maximizador dos seus próprios interesses.

Sem ter a pretensão de conseguir obter a solução perfeita, em nosso entendimento, a tomada de decisões do administrador público deve seguir critérios os mais racionais e objetivos possíveis. Quanto mais preciso, transparente e imparcial for o diagnóstico, melhor será a qualidade das informações repassadas ao gestor e maiores condições ele terá para decidir. Apesar da discricionariedade administrativa e da flexibilidade orçamental, a gestão pública tem que se fincar na boa-fé e na lealdade ao texto constitucional. Os comportamentos que se distanciarem dos estudos apresentados nos planos exigem justificativas plausíveis por parte dos administradores e serão objetos de fiscalização pelos órgãos de controle, de acordo com os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade. Daí a importância de os planejamentos serem feitos com o máximo possível de precisão, técnica, transparência e objetividade. Construir políticas públicas a partir de critérios personalistas produz resultados que nem sempre são aptos a promover, de forma séria e não populista, a igualdade material. Nesses casos, os riscos de erosão constitucional não são pequenos.

Evidentemente que a racionalidade dos diagnósticos não exclui o fato de que as decisões precisam ainda levar em consideração as experiências pretéritas, os erros e os acertos administrativos. Esse conjunto de modelos não é excludente, mas sim complementar e serve para aprimorar as intervenções estatais. O planejamento tem que se revelar social e economicamente viável. É claro que nesse processo muitos fatores interferem. Limitações recursais, prazos exíguos para os seus desenvolvimentos, dificuldades de capacitação técnica das equipes responsáveis pelos diagnósticos e mudança da cultura burocrática de gestão são apenas alguns dos obstáculos a serem ultrapassados. Contudo, é provável que o maior desafio seja conciliar os interesses dos múltiplos atores e estabelecer uma relação moralmente saudável e lícita entre esses diversos segmentos, com interesses políticos, econômicos e sociais díspares e com capacidades de induzir condutas governamentais igualmente diversas. O foco da preocupação é no sentido de controlar a cooptação de pessoas envolvidas na tomada de decisões por parte de grupos detentores de influência em detrimento daqueles, mais hipossuficientes, sem o mesmo acesso à arena de poder. Se a composição de interesses é natural e inerente ao processo político, a manipulação indutora e a efetiva prática de condutas desviantes, geradoras de prejuízos ao erário, de enriquecimentos ilícitos e de descumprimentos normativos, não o é.

Nessa conformidade, as lições trazidas pela *public choice* não devem ser desconsideradas. O ser humano tende a adotar comportamentos egoístas e voltados aos seus

próprios interesses. Os políticos não são necessariamente pessoas altruístas. E isso se reflete nas escolhas governamentais que nem sempre atendem, embora devam, aos anseios da coletividade. Por isso, apesar do caráter político das decisões, é imprescindível lembrar que as decisões administrativas não são absolutamente discricionárias. Ao contrário. Encontram-se vinculadas aos objetivos constitucionais e, no âmbito dos gastos públicos, aos planejamentos estratégicos, táticos e operacionais definidos, paulatinamente e de forma coerente e harmônica, nos estatutos orçamentários, através do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, respectivamente. Com efeito, não é demasiado repetir. O planejamento não se encontra à total disposição e ao livre alvedrio dos administradores e dos legisladores. A Constituição Federal impõe aos detentores de competência orçamental o dever jurídico de direcionar a tomada das suas decisões ao texto constitucional, as finalidades e aos objetivos ali descritos. Os recursos públicos arrecadados devem se voltar à proteção e ao bem-estar dos cidadãos brasileiros.

Para ter uma visão mais global a respeito da programação governamental deve-se voltar à atenção não apenas para as decisões tomadas, como também para as que não foram feitas. Ao observar o processo também por esse ângulo será possível identificar quais os fins constitucionais que não foram contemplados no planejamento elaborado pelo gestor. E, assim, verificar com maior clareza as soluções que não foram priorizadas, as opções eventualmente disponíveis e não escolhidas, os interesses que não foram recepcionados e as motivações por detrás de cada uma dessas escolhas. Enfim, compreende-se melhor o programa governamental a partir do seu planejamento, uma vez que é o momento em que, de plano, o administrador define os gastos que pretende fazer e aqueles que ele opta por não fazer. Essa perspectiva dúplice, com base nas ações e nas omissões administrativas é ainda mais importante no momento da análise da execução orçamentária.

Ainda no campo do planejamento, o trâmite pode ser assim resumido: após a identificação do problema, da realização do diagnóstico, da formulação de alternativas, da tomada de decisões e da fixação das metas e custos, o trabalho feito pelas unidades orçamentárias e setoriais de cada órgão e Ministério é enviado à Secretaria do Orçamento Federal - SOF, que o supervisiona, avalia e o consolida. Ao final, ratificando-se os trabalhos, encaminha-se ao Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento. Nessa oportunidade, é realizada a revisão final do documento elaborado em sua versão integral, incluindo-se as orientações presidenciais feitas à proposta. Nessa etapa, o Ministro descreve, ainda, a

exposição de motivos de encaminhamento do projeto orçamentário ao Congresso Nacional. Com o aval presidencial, há a remessa ao Legislativo.

Vale lembrar que a elaboração orçamentária não corresponde a uma etapa simplificada. A riqueza está em seus diversos elementos e atores, na aglutinação de dados e processos que formam arranjos institucionais que visam à adequação de meios e fins, a concretização de objetivos socialmente relevantes e politicamente definidos. Trata-se de um processo em constante atualização e dotado de complexidade. Diversas pessoas e órgãos participam e a todo o momento os envolvidos precisam efetuar escolhas, tomar decisões e motivá-las. O resultado final produzido pelas unidades orçamentárias e subsetoriais, além dos órgãos setoriais e centrais, busca definir os programas e as ações governamentais com os detalhes mais precisos possíveis. Significa dizer que os trabalhos de elaboração orçamentária necessitam definir, sempre em harmonia com os ditames constitucionais, os seguintes pontos: a) qual o objeto da política pública a ser alcançado; b) o que será atendido dentro desse objetivo escolhido; c) como, quando e onde será feito; d) quanto será necessário gastar para o atendimento das metas fixadas, estabelecendo-se parâmetros e referenciais monetários que irão subsidiar as dotações orçamentárias.

Diferentemente do planejamento privado que busca o lucro e o atendimento das necessidades de mercado, o planejamento público visa cumprir, com transparência e efetividade, as demandas sociais. Para tanto, formula estratégias e ações, utilizando-se de técnicas gerenciais. E tem como referencial não o interesse individual, o lucro e as exigências de mercado, mas sim a distribuição de rendas e de riquezas, o interesse público e o bem-estar dos cidadãos. A formulação de políticas públicas que viabilize a concretização dos direitos constitucionais e infraconstitucionais assegurados no ordenamento jurídico constitui um desafio bastante árduo²⁷⁴.

Após a elaboração da proposta orçamentária, a fase legislativa engloba a sua tramitação perante as casas do Congresso Nacional. É criada uma comissão composta por parlamentares das duas casas legislativas, a denominada Comissão Mista de Planos e

²⁷⁴ Interessante apontamento é feito por MARIA PAULA DALLARI BUCCI (*Notas para sua metodologia jurídica de análise de políticas públicas*, op. cit., p. 254/255) quando diferencia os direitos sociais, de envergadura constitucional e as políticas públicas criadas para os seus cumprimentos. Para a autora, com exceção do Sistema Único de Saúde – SUS e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB, a Carta Magna não contempla políticas públicas, mas direitos cujas implantações ocorrem por seus intermédios. Sobre o tema ver também MARIA PAULA DALLARI BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, op. cit., p. 241/269 e RENATA PORTO ADRI, *O planejamento da atividade econômica como dever do Estado*, op. cit., p. 136/142.

Orçamentos Públicos - CMPOP, que examinará os estatutos orçamentários encaminhados. Nessa comissão, nomeia-se um relator que, após audiências públicas e parecer técnico, apresenta um relatório preliminar, o qual avalia as finanças da União e os projetos elaborados pelas unidades orçamentárias, com o propósito de cumprimento dos deveres estatais. No relatório preliminar constam, ainda, orientações aos demais membros do Legislativo para a apresentação de emendas à peça orçamentária. Estipula-se o número de emendas por comissões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, por bancadas estaduais, sem prejuízo das emendas individuais. Em seguida, o projeto do orçamento é dividido em áreas temáticas. Com as emissões dos relatórios por cada área, incluindo-se propostas de emendas dos membros da Comissão, é confeccionado um relatório final. Após o parecer da Comissão Mista, segue-se para deliberação parlamentar, oportunidade em que os legisladores podem realizar emendas²⁷⁵ nos expedientes normativos orçamentários, mas com ressalvas. Durante a tramitação do projeto na Casa Legislativa as estimativas de receitas podem ser reavaliadas, assim como as alternativas escolhidas pelo Executivo. Há possibilidade de alteração das dotações fixadas, para fins de correções de erros e omissões. As restrições constitucionais impostas ao trabalho parlamentar são no sentido de impedir emendas na peça orçamentária anual que sejam incompatíveis ao Plano Plurianual e à Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ademais, todas as modificações devem indicar os recursos necessários para as suas futuras execuções. Eventuais anulações de despesas realizadas pelos parlamentares para subsidiar as suas emendas não podem atingir as dotações fixadas para o pagamento da dívida, para as despesas com o pessoal e os seus respectivos encargos, bem como para possibilitar as transferências tributárias constitucionais entre os entes da federação²⁷⁶. No final, o orçamento é votado por maioria simples nas duas casas do Congresso Nacional, em sessão conjunta. Em seguida, é enviado ao Presidente da República que tem quinze dias úteis para sancionar ou vetar o projeto. Em caso de veto, que pode ser parcial ou total, o projeto orçamentário é remetido, em quarenta e oito

²⁷⁵ O autor OSVALDO MALDONADO SANCHES (*“O ciclo orçamentário: uma reavaliação à luz da Constituição de 1988”*, op. cit. p. 24) apresenta em seu trabalho uma preocupação pertinente. Segundo o autor, tem crescido exponencialmente, o número de emendas parlamentares realizadas nas peças orçamentárias anuais, durante as suas votações. Conforme os seus estudos, em 1988, foram apresentadas 2.660 (duas mil, seiscentos e sessenta) emendas, número que aumentou para 11.180 (onze mil, cento e oitenta), em 1989. Em 1990, o quantitativo de emendas subiu para 13.358 (treze mil, trezentos e cinquenta e oito), disparando em 1991, para nada menos que 71.543 (setenta e um mil, quinhentos e quarenta e três) emendas. A consequência desse fenômeno, a par da notória impossibilidade de submeter cada emenda a um processo decisório suficientemente articulado, tem sido a crescente dificuldade para se concluir a peça orçamentária no Congresso Nacional, dentro do prazo constitucional, isto é, até o final da sessão legislativa. A cada ano, ainda que com auxílio de órgãos técnicos e do instrumental do Departamento de Orçamento da União - DOU, o orçamento tem sido concluído mais tarde.

²⁷⁶ Cf. artigo 166, §3º da Constituição Federal de 1988.

horas ao Presidente do Senado Federal. O Congresso Nacional, em sessão conjunta, apreciará a decisão presidencial em trinta dias. A derrubada do veto exige a deliberação da maioria absoluta dos parlamentares. De outro giro, com a concordância do que foi discutido e aprovado no Legislativo, há a sanção presidencial e passa-se à etapa seguinte. Inicia-se a fase da execução orçamentária.

Dessa feita, o planejamento constitui uma importante ferramenta de gestão, seja ele exercido no setor público, seja no setor privado. Afinal, planejar é possibilitar a redução de incertezas e nortear o caminho futuro em prol da execução de boas práticas, para a obtenção dos melhores resultados.

3.3.2 Da execução

A execução orçamentária corresponde a uma etapa do ciclo orçamentário, cujo desenvolvimento caberá ao Governo. Tal atribuição não recai ao Poder Executivo à toa. A Administração, através dos seus múltiplos órgãos, possui profunda penetração na comunidade, aproximando-se mais rapidamente das suas reivindicações, como também dos retornos dos cidadãos frente às suas ações e omissões. Essa proximidade das circunstâncias e da avaliação das situações vivenciadas pela população proporciona ao administrador maior quantidade e qualidade nas informações recebidas, municiando os seus quadros técnicos com dados relevantes, propulsores de um aperfeiçoamento dinâmico da gestão pública e de uma salutar mudança de rotas, quando imprescindível.

Assim, após a aprovação, a promulgação e a publicação do expediente normativo orçamentário, o Poder Executivo está apto a concretizar o planejamento por ele elaborado. Conforme a Lei de Responsabilidade Fiscal, até 30 (trinta) dias após a publicação da peça orçamentária anual, a Administração estabelecerá a programação financeira e o cronograma para a implementação mensal de desembolso²⁷⁷. E, embora o protagonismo nessa etapa seja do Poder Executivo, o Parlamento pode, excepcionalmente, intervir na execução orçamentária, em situações em que a Administração realize despesas sem previsão orçamentária. Esse instrumento constitucional é denominado veto absoluto impeditivo²⁷⁸. A sua realização se dá

²⁷⁷ Cf. artigo 8º da Lei Complementar nº 101/2000.

²⁷⁸ Cf. artigo 71, X, §1º e §2º da Constituição Federal de 1988. Segundo os dispositivos constitucionais, a sustação dos atos e contratos, não previstos na lei orçamentária, só poderá ser conclamada pelo Congresso Nacional, em reunião plenária, após pareceres da Comissão Mista do Orçamento e do Tribunal de Contas da União.

para suspender atos ilegais e contratos que não estejam autorizados, previamente, no orçamento e que não se amoldem às hipóteses de créditos adicionais.

A execução orçamentária é concebida como o momento da concretização da decisão governamental, da efetivação da política, em que as intenções e as decisões tomadas no plano abstrato transformam-se em ações reais. Compreende a fase em que se arrecadam as receitas e se realizam os gastos públicos, promovendo-se efeitos diretos na vida dos cidadãos.

Essa fase de implantação orçamentária mira justamente atender aos objetivos previamente determinados, com vistas a provocar os resultados e os impactos anteriormente planejados. É o mecanismo que o Governo tem de transformação da realidade. Por isso, o momento da execução orçamentária é crucial para a efetividade da Constituição.

Contudo, tal como ocorre na fase de elaboração, a execução orçamentária é permeada de disputas políticas travadas entre diferentes atores sociais. As intenções registradas no planejamento inicial podem permanecer, mas também podem se transformar ou se perverter, a depender da situação concreta²⁷⁹. Dessa feita, nem tudo que é planejado é realmente efetivado. E mesmo que o seja, a execução de determinada política pode provocar resultados diversos daqueles originalmente previstos. Inúmeros fatores podem influenciar essa fase do ciclo orçamentário e comprometer o sucesso do planejamento elaborado, como crises econômicas com interferências diretas no produto da arrecadação tributária; problemas não previstos por falhas diagnósticas; situações fortuitas e urgentes; pressões decorrentes de grupos políticos, econômicos e de segmentos sociais com maior representatividade; não aceitação popular de determinado projeto e dificuldades técnicas.

Ademais, o processo de execução orçamentária envolve um grau elevado de discricionariedade, principalmente em um modelo burocrático como o brasileiro. As sucessivas delegações para que as ações governamentais sejam colocadas em prática conferem maior instabilidade ao seu desenvolvimento.

Imaginemos um planejamento elaborado com o objetivo de melhorar a qualidade da

²⁷⁹ O autor OMAR GUERRERO OROZCO (*Políticas Públicas: Interrogantes*, Revista de Administración Pública. Políticas Públicas, nº 84, Instituto Nacional de Administración Pública, 1993, p. 83/88) analisa as incertezas do cenário político e os seus impactos no planejamento público. Segundo o seu entendimento: “Si, como sabemos, el gobierno es política y es administración... y es Policy, opera por tanto dentro de escenarios inestables, inciertos, imprevisibles, para los cuales los instrumentos de la planificación resultan estrechos. Si la algún valor tienen las políticas públicas és, precisamente, producir conocimientos y métodos de acción para que los gobiernos se desenvuelvan con resultados crecientes de calidad, dentro de estos escenarios”. A respeito da temática, ver ainda MARCELO MINGUELLI, *Espaço Público e orçamento público: o plano ético e jurídico-constitucional em crise*, op. cit., p. 178/183.

educação nas escolas públicas. Para o seu cumprimento, foram estabelecidos diversos programas, com metas específicas. Para conseguir aumentar em 10% (dez por cento) a nota geral dos estabelecimentos públicos de ensino no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, o Governo previu ações e dotações voltadas à capacitação dos professores; à concessão de incentivos financeiros aos cem melhores alunos; à reestruturação de bibliotecas e laboratórios dos duzentos colégios com maior número de discentes. É fato que para a obtenção do objetivo final, diferentes etapas serão necessárias, nas quais inúmeros servidores terão que atuar. A questão é que muito do êxito dos programas e metas dependerá da forma como esses funcionários se relacionam entre si e com os alunos, bem como das decisões por eles tomadas no seu âmbito discricionário. Percebe-se, portanto, que o momento da execução orçamentária é problemático, em razão do seu caráter dinâmico e complexo.

A doutrina costuma citar dois modelos de execução das políticas públicas. São eles o *top down model* e o *bottom-up model*²⁸⁰.

O modelo “de cima para baixo” parte da premissa de que a responsabilidade pela execução da política é quase que exclusivamente das autoridades lotadas nos escalões mais elevados da Administração Pública. Essa teoria entende que a concretização da política parte da tomada de decisão e possui uma relação racional e direta entre os seus objetivos, metas e ações. A programação orçamental deve ser respeitada de forma rigorosa. Por via de consequência, para ter êxito na sua aplicação prática há necessidade de que esses elementos sejam devidamente coordenados e integrados, o que somente pode ocorrer por aqueles que dispõem de uma visão macro do processo. Uma concepção “de cima para baixo”, ou seja, das autoridades máximas em direção aos demais servidores, que desempenham funções meramente administrativas e, por conseguinte, devem se restringir às recomendações superiores.

O modelo *top down* baseia-se na racionalidade do processo, na necessidade de

²⁸⁰ No que diz respeito aos modelos *Top Down* e *Bottom-up*, mencionam-se, a seguir, apenas algumas referências bibliográficas: JEFFREY L. PRESSMAN e AARON WILDAVSKY, *Implementación*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 171/216; LUCIANO FEDOZZI, *Orçamento participativo: reflexões sobre e experiência de Porto Alegre*, 2ª edição, Tomo Editorial, Porto Alegre, 1999, p. 119/224; HENRY MINTZBERG, *Criando organizações eficazes*, 2ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2006, p. 173/177; PAULA ARCOVERDE CAVALCANTI, *Análise de Políticas Públicas*, op. cit., p. 209/223; NAZARÉ DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 280; BENJAMÍN REVUELTA VAQUERO, *La implementación de políticas públicas*. Disponível em: <http://dialnet.unirija.es/descarga/articulo/2562409.pdf>. Acesso em: 10.01.2018 e DONALD S. VAN METER y CARL E. VAN HORN, “*El proceso de implementación de las políticas. Um marco conceptual*”, In Luis F. Aguilar Villanueva, *La implementación de las políticas*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1996, p. 97/141.

atentar-se para os planos, no postulado da hierarquia entre as autoridades do alto escalão do Governo e os demais funcionários públicos, em considerável separação do plano político e do plano administrativo.

Os opositores a esse modelo apresentam inúmeras críticas²⁸¹. Alegam que, tal como a teoria analítica de racionalidade absoluta utilizada para a elaboração do planejamento, o modelo *top down* tem dificuldades de transportar as suas conclusões teóricas para a prática. Para eles, trabalhar com diversos elementos integrantes de um mesmo programa que se encontram submetidos à execução efetiva por meio de numerosos servidores não constitui uma tarefa fácil. Há uma descomunal distância entre as aspirações do Governo Central e as realidades locais. Essas disfunções, portanto, não podem ser ignoradas, já que interferem diretamente no êxito das programações.

Para corrigir essas disfunções, a teoria *bottom-up* traz para o cerne da execução da política pública os servidores que se encontram em posições mais baixas da cadeia hierárquica estatal. Para os defensores desse modelo, há um processo de valorização das iniciativas de cada funcionário que conseguem, muitas vezes, contornar, com mais eficiência, os problemas que inevitavelmente surgem no momento da concretização das ações governamentais. E isso ocorre em razão desses agentes conhecerem a problemática mais de perto, uma vez que a enfrentam quotidianamente. Nesse sentido, as soluções concretas contribuem mais para a construção da política do que as decisões centrais, em geral, distantes do contexto diário. Trata-se de um modelo mais interativo, que se forma de “baixo para cima”.

Com isso, o modelo *bottom-up* concede maior autonomia aos burocratas, o que transforma o processo em algo mais contingente e empírico. As experiências vivenciadas no dia a dia administrativo, por parte dos servidores, servem de base para a criação de novas e céleres soluções que se alimentam e que se solidificam a ponto de serem transmitidas aos escalões mais altos e centrais, responsáveis pela formulação do planejamento.

De fato, não há como negar que, independentemente da corrente adotada para a execução orçamentária, os burocratas detêm um conjunto quantitativo e qualitativo de informações que os coloca em posição de vantagem frente aos ocupantes do poder central do Governo. Por essa razão, o sucesso da programação orçamental depende, em grande medida,

²⁸¹ Opondo-se ao modelo *Top Down*, destaca-se LUCIANO FEDOZZI, *Orçamento participativo: reflexões sobre e experiência de Porto Alegre*, op.cit, p. 119/122 e HENRY MINTZBERG, *Criando organizações eficazes*, op. cit., p. 173/177.

dos agentes administrativos.

Para contribuírem mais, essas pessoas não podem ser tratadas como meros instrumentos de um processo no qual estão diretamente envolvidas. Até porque, retirar toda e qualquer liberdade das suas atuações nas ações administrativas parece ser impossível. Por mais detalhado que seja o planejamento governamental, é impossível prever, antecipadamente, toda e qualquer situação a ser vivenciada na prática. Principalmente, em um país como o Brasil, com colossais dimensões territoriais e diferenças socioculturais.

Valorizar as ações de cada um dos agentes facilita as suas cooperações²⁸² e, por conseguinte, confere maior êxito na efetivação das políticas selecionadas pelo Poder Público. Não há como duvidar que, reportando-se ao exemplo há pouco apresentado, a qualidade do ensino público e as metas fixadas no plano central dependem essencialmente das ações de professores, diretores, pedagogos e demais servidores. A depender das suas motivações, eles poderão incentivar em maior ou menor grau os seus alunos. O nível de envolvimento desses profissionais está diretamente relacionado à importância conferida a cada um no desenvolvimento das atividades estatais.

Além de promover a participação integrada e efetiva de todos os agentes, políticos e administrativos, a descentralização da execução orçamentária, desde que não desprovida de limites, revela-se geradora de outras vantagens²⁸³. No campo da probidade administrativa, constata-se que as práticas de corrupção tendem a reduzir quando as decisões necessariamente passam por diversas escalas burocráticas. É mais difícil e caro cooptar inúmeros servidores, que interferem separadamente no processo, do que tê-lo que fazer em relação a uma pessoa ou a um grupo pequeno de agentes que concentrem todo o poder decisório em suas mãos. Ademais, os riscos da prática corrupta agravam-se com a descentralização, uma vez que ao ter

²⁸² A autora americana MALLA POLLACK (*O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva* dos Estados Unidos, op. cit. p. 336/337) avalia a importância da motivação no processo político-administrativo e afirma que os indivíduos trabalham e cooperam mais quando são valorizados pela instituição a qual estão inseridos. Pessoas apreciadas cooperam ativamente, o que reduz os custos com supervisão e execução.

²⁸³ O consultor do Banco Mundial, DENNIS A. RONDINELLI (*Government decentralization in comparative perspective: theory and practise in developing countries*, International Review of Administrative Sciences, vol. 42, nº 02, 1981, p. 133/145. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/002085238004700205>>. Acesso em: 09.10.2016) realizou uma ampla análise sobre o modelo da descentralização político-administrativa após experiências em diversos países da América Latina, a exemplo do Brasil. Dentre as vantagens por ele apontadas, destaca-se a simplificação dos procedimentos envolvidos no planejamento e na execução das políticas públicas; maior difusão das decisões estruturantes emitidas pelo governo central; contribuição de diferentes grupos sem acesso aos altos escalões governamentais; desenvolvimento das capacitações técnicas e políticas dos governos locais; fomento da *accountability*, uma vez que estruturas descentralizadas são mais receptivas à participação social; celeridade nas respostas a serem dadas às demandas coletivas e otimização dos recursos.

que praticá-la em maior proporção, as chances de delação se tornam maiores perante as autoridades de controle.

Por outro lado, como dito acima, a descentralização não pode ser absoluta, isenta de limites. É preciso considerar que, apesar de algumas vantagens do modelo proposto pela teoria *bottom-up*, a autonomia a ser conferida aos agentes administrativos no momento da execução da programação governamental não pode ser tamanha a ponto de desconfigurá-la. As ações governamentais, mais específicas, devem manter coerência com um objetivo maior, qual seja o plano de governo elaborado pelo Executivo, que possui uma visão global da Administração. Significa dizer que os objetivos constitucionais e as decisões estratégicas e táticas devem ser devidamente respeitados, nos momentos em que é executado o planejamento operacional.

Enfim, dos apontamentos acima realizados não há como negar que a execução orçamentária é uma atividade repleta de nuances e de complexidade. E uma compreensão mais completa do processo de implementação orçamental enfoca diversas variáveis que interferem no êxito do resultado final pretendido pelo planejamento. Dos elementos que afetam a prestação das políticas públicas programadas, podem-se destacar a qualidade do planejamento a ser seguido, ou seja, a sua objetividade e precisão; os recursos efetivamente disponibilizados; o grau de comunicação entre os órgãos centrais e os responsáveis diretos pela sua concretização; o entorno econômico e social; a receptividade da população com os projetos desenvolvidos; o nível de motivação dos seus executores. Isso sem computar as inúmeras situações externas, imprevisíveis e urgentes, que sujeitam a execução orçamental a flutuações periódicas.

No Brasil, a execução orçamentária constitui uma etapa do ciclo orçamentário repleta de interrogações. Nem sempre é possível compreender as disparidades existentes entre os planos abstrato e concreto, ou seja, entre o que é planejado e o que é, de fato, executado. Durante a execução orçamentária vislumbra-se, com frequência, a prática das “janelas orçamentárias”, bem como de significativos contingenciamentos²⁸⁴.

²⁸⁴ A autora ÉLIDA GRAZIANE PINTO (*Eficácia dos direitos sociais por meio de controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*, op. cit., p. 84) aponta o contingenciamento como um fenômeno que corresponde ao procedimento formal de limitação tanto das despesas autorizadas na lei orçamental anual, quanto da mobilização financeira a ela relacionada. Em outro artigo, mas ainda tratando do tema afeto ao contingenciamento, ELIDA GRAZIANE PINTO (“*Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária*”, in Cristiana Fortini, Julio Cesar dos Santos Esteves, Maria Tereza Fonseca Dias, *Políticas Públicas. Possibilidades e limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 77/81) analisa a

A não execução pode ser parcial ou total, definitiva ou provisória, quantitativa ou qualitativa do orçamento²⁸⁵ e comumente decorre de situações afetas à escassez recursal, ao não atendimento das expectativas de arrecadação, às obrigações em torno do pagamento de juros, da amortização da dívida pública e da produção de superávit primário ou em razão da própria desnecessidade do gasto público anteriormente previsto.

É importante frisar que a programação orçamental ocorre de um ano para o outro, sendo possíveis mudanças no *status quo*. No período de um ano entre a formulação e a execução orçamentária, o Poder Público pode, por exemplo, verificar que os objetivos traçados no planejamento já foram atingidos, sendo despendendo a concretização de novos dispêndios. Como exemplo, cite-se a seguinte situação hipotética: no planejamento, o Executivo previu recursos para a erradicação da dengue. Por conseguinte, no projeto orçamentário descreveu os créditos e as suas respectivas dotações para tal finalidade. No entanto, no ano seguinte, no exercício do curso financeiro, o Estado percebe ter havido a erradicação da doença no país, em função das medidas adotadas no ano anterior e mantidas pela população que, mais consciente, adotou as providências de salubridade necessárias, sem que medidas estatais tenham que ser praticados por seus agentes de endemias. Nessa hipótese, não se verifica necessidade de despesas públicas para atacar o que já foi combatido. Não é diferente a situação em que a Administração pode deixar de gastar ao perceber que a concretização de dotações para o atingimento de certas finalidades previstas na programação não se comprova eficiente. Ainda se utilizando do exemplo acima, suponha-se que no curso do exercício financeiro o Governo disponha de um relatório técnico mais avançado proferido pelo Ministério da Saúde no sentido de que o emprego do método vulgarmente conhecido por “fumacê” não se revela uma profilaxia eficiente para o combate do mosquito transmissor da dengue. Em casos como esse, o Estado possui flexibilidade e justificativa para deixar de executar o quanto fora previsto na lei orçamentária.

Lei Orçamentária Federal do ano de 2005 e constata que, em 28 de dezembro de 2005, 36 (trinta e seis) programas não tinham 10% (dez por cento) das suas dotações autorizadas efetivamente executadas. Dentre eles, têm-se os programas de desenvolvimento centrado na geração de emprego, trabalho e renda; de saneamento ambiental urbano; de atendimento sócio-educativo em conflito com a lei; de mobilidade urbana. Ao tratar das causas que dificultam a execução orçamental no Brasil, o doutrinador SANDOVAL ALVES DA SILVA (*Direitos Sociais. Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*, op. cit. p. 153) faz uma avaliação geral e destaca que o planejamento realiza previsões anuais, mas o desenvolvimento das atividades financeiras do Estado está sujeito a flutuações mensais. Logo, instabilidades na política econômica e ocorrências sazonais imprevisíveis são situações que interferem na obtenção da receita pública e, portanto, nos gastos a serem concretizados pelo Estado.

²⁸⁵ O doutrinador GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS (*Consolidação Orçamental e Política Financeira*, op. cit., p. 304/305) subdivide a não execução orçamentária de acordo com os seguintes critérios: total ou parcial; definitiva e temporária.

Assim, a depender da situação, a inexecução orçamentária restará ou não justificada. Frise-se que está se falando do descumprimento da lei do orçamento, peça fundamental para o funcionamento da República. Logo, o seu desatendimento deve preceder de motivos devidamente explicitados ao público. Trata-se de medida importante à credibilidade do Governo. Ademais, revela respeito ao Poder Legislativo, aos servidores, à população e à própria Constituição.

No momento em que deixa, injustificadamente, de prestar um serviço público devidamente planejado, o Estado exclui, de forma unilateral, os demais atores envolvidos no processo. Os parlamentares sentem-se desmerecidos, uma vez que as suas deliberações no projeto de lei orçamentária não foram consideradas pelo Poder Executivo, em violação ao princípio da separação dos poderes que exige coordenação e respeito mútuos. De igual forma, os cidadãos, sobrecarregados com a alta carga tributária, percebem-se órfãos de um Governo que não atende às suas necessidades, tampouco motiva às suas escolhas alocativas. Os técnicos envolvidos na elaboração dos planos, ao verificarem os seus descumprimentos, tem as suas motivações abaladas para futuros trabalhos. Por fim, a falta de credibilidade da Administração também produz reflexos negativos nos investimentos e no mercado. Quando planejamento e execução não caminham juntos há uma desordem na gestão governamental que precisa ser verificada. Um sinal amarelo resplandece. Afinal, a credibilidade e a consistência temporal constituem um binômio imprescindível para o sucesso da política financeira do Estado.

Talvez, no Brasil, a resposta para o visível descompasso entre planejamento e execução seja de que a concretização do orçamento não é determinada, tão somente, pela racionalidade técnica, mas principalmente por razões de natureza estritamente política. E isso não é necessariamente negativo. Como visto, muitos fatores influenciam as escolhas governamentais, inclusive de natureza imprevisível e urgente. O que pode transformar essa constatação em algo negativo é verificar que deveres estatais de natureza fundamental estão sendo constantemente negligenciados em prol de práticas patrimonialistas e demais interesses sem qualquer amparo nos ideais republicanos que fundamentam o nosso Estado de Direito²⁸⁶.

²⁸⁶ Ao analisar as ações e os instrumentos utilizados pelo Estado, JEAN-BATISTE HARGUINDÉGUY (*Análisis de Políticas Públicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013, p. 207) alerta sobre possíveis deturpações visualizadas na realidade prática. Nesse sentido, afirma que: “En realidad, la elección de los instrumentos de gobierno se realiza bajo presión y siguiendo el interés de los actores interesados en una política pública determinada. Dicha categoría engloba a tres tipos de actores: los políticos, los burocratas y los grupos de presión. Los actores preponderantes son los líderes políticos; por tanto, la principal motivación a la

Em tempos de escassez e de crise econômica a Constituição e as prioridades nela disciplinadas não podem ser colocadas à margem pelos gestores públicos.

Bem é de se ver que a gestão orçamentária, no momento da sua execução, precisa compatibilizar a máquina pública composta por recursos humanos, materiais, financeiros e tecnológicos para a realização dos resultados planejados. Claro que conduzir essa estrutura pública, em constante movimento, não constitui um encargo simples, de fácil articulação. Muito pelo contrário. A depender do nível de entrosamento, os objetivos serão atingidos, com maior ou menor efetividade. A consecução do bem-estar da comunidade depende fundamentalmente do encontro desse equilíbrio.

Se compararmos a gestão orçamentária com a condução de uma orquestra, a elaboração do orçamento corresponde à fase inicial, de ensaios. Já a execução equipara-se ao ápice, o momento da apresentação. Porém, após o grande dia, o maestro e os demais integrantes se reúnem para pontuarem os erros e os acertos cometidos na audição. É chegada a hora da etapa avaliativa. Assim, para que a coerência da sistemática constitucional seja resguardada, a fase de avaliação orçamentária é essencial.

3.3.3 Da avaliação

O ciclo orçamentário corresponde a uma corrente composta de elos interdependentes. Para que o planejamento seja periodicamente reconfigurado, é necessário que o Governo analise como se saiu no momento da sua execução. O Poder Público deve interpretar o cruzamento de todas as informações concernentes às ações governamentais planejadas e dos resultados efetivamente obtidos. Essa fase de prospecção é denominada de avaliação orçamentária.

Por meio desse instrumento de gestão, o administrador tem acesso, de forma mais objetiva e técnica, a dados sobre os impactos decorrentes dos programas de governo, identificando os seus erros e acertos, contrapondo-os aos resultados esperados e obtidos. Com isso, pode aprimorar a sua capacidade de planejamento e de tomada de decisões, realimentando suas práticas a partir das experiências vivenciadas. A avaliação também pode ser concebida como um instrumento de *accountability*.

hora de elegir um instrumento es la posibilidad de reelección de los propios políticos. Por ello los líderes políticos tienden a favorecer los instrumentos que proporcionan beneficios visibles y concentrados em sus propios electores y que disimulan los costes de la acción pública ante los demás públicos”.

Por imperativo normativo, o Presidente da República deve, anualmente, prestar contas ao Congresso Nacional sobre a execução do orçamento público. Nesse momento, são explicitadas as dotações concretizadas pelo Governo para fins de atendimento dos programas e de cada uma das múltiplas ações que o compõem. E, ainda, com base nesse relatório anual de gestão orçamentária é possível verificar os gastos não realizados pelo Executivo. O resultado do processo de monitoramento e de avaliação deve ser disponibilizado ao público, por meio do Ministério do Planejamento.

Com o objetivo de assegurar a sustentabilidade fiscal, a Lei Complementar nº 101/2000 determina que o Executivo também apresente, com periodicidade quadrimestral, avaliações sobre o cumprimento das metas fiscais. O Banco Central, de outro lado, analisa o cumprimento dos objetivos e metas referentes às políticas monetárias, creditícias e cambiais do Governo, ao final de cada semestre²⁸⁷.

O relatório que contiver as análises sobre a implementação orçamentária serve de base para o controle, tanto no âmbito interno administrativo, quanto externo. A Administração, o Parlamento, com o auxílio do Tribunal de Contas, e a própria sociedade podem fiscalizar o cumprimento e o desempenho do plano de governo, bem como a sua concreta compatibilidade com os objetivos e os deveres constitucionais. Dessa feita, a avaliação orçamentária é uma ferramenta de planejamento e de controle extremamente útil ao equilíbrio fiscal, quando, evidentemente, bem empregada. Pode-se afirmar, portanto, que planejamento, execução e avaliação devem estar em perfeita consonância. Tudo em nome da boa governança financeira.

Contudo, é inegável o descontrole orçamentário vivenciado em muitos países, inclusive no Brasil, responsável, em grande parte, pela eclosão de crises financeiras, com consequências graves à população que deixa de receber políticas públicas eficazes, em segmentos essenciais, a exemplo da saúde e da segurança pública. O desequilíbrio das finanças públicas também recai em desfavor dos servidores públicos que, não de forma incomum, recebem os seus salários, além de outras garantias, com atrasos significativos, embora prestem os seus serviços regularmente ao Estado.

Mais do que nunca se revela imprescindível o uso racional do erário pelo Poder Público, destinando-o ao atingimento dos objetivos e prioridades legais. Diagnosticar os equívocos e realinhar a atuação, em busca de um desempenho mais econômico, eficiente e

²⁸⁷ Cf. artigo 9º, §4º e §5º da Lei Complementar nº 101/2000.

eficaz constitui o caminho mais acertado para a busca da estabilidade e da sustentabilidade das finanças públicas. Para tanto é preciso adotar um processo credível de avaliação, para fins de redução das despesas desnecessárias, inconsistentes ou mal empregadas. A consequência será o reestabelecimento dos cofres públicos e a utilização dos recursos disponíveis para subsidiar despesas que sejam viáveis à produção de resultados efetivos. As futuras gerações certamente agradecerão²⁸⁸.

Para o desenvolvimento da fase avaliativa é importante que sejam analisados múltiplos aspectos das práticas administrativas²⁸⁹, merecendo destaque os meios; os resultados; a eficiência; a economicidade; os impactos; a satisfação e a abrangência de cada uma das políticas planejadas e executadas²⁹⁰.

Por avaliação de meios entende-se aquela que analisa se os instrumentos inicialmente previstos para a execução da política foram realmente colocados à disposição e utilizados pelos gestores, no espaço, tempo e circunstâncias delimitados.

A avaliação dos resultados ou de eficácia objetiva almeja saber se a programação governamental atendeu aos objetivos estabelecidos e se alcançou as metas predefinidas. Para tanto, comparam-se os resultados previstos e os efetivamente atingidos. Nesse momento, procura-se, ainda, identificar se as causas de programas que se revelaram ineficazes

²⁸⁸ Interessante ferramenta para a mensuração do desempenho orçamental foi criado, nos Estados Unidos, pelo *Office of Management and Budget* – OMB que criou o *Program Assessment Rating Tool* – PART, em 2002. Segundo esse instrumento, criou-se um questionário único a ser preenchido por diversos segmentos do Governo e da sociedade civil, para avaliar os programas do Governo americano envolvendo indagações sobre a finalidade e o financiamento dos planos administrativos, sobre o planejamento governamental, sobre a sua execução, além de questões afetas ao controle e *accountability*. O objetivo é aproximar o orçamento do seu desempenho. Sobre as avaliações estatísticas obtidas a partir dos questionários, ver: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/omb/performance_slides.pdf>. Acesso em: 10.08.2017.

²⁸⁹ Para maior aprofundamento sobre os desdobramentos do processo de avaliação, ver ANDRÉ-NOËL ROTH DEUBEL, *Políticas Públicas- formulación, implementación y evaluación*, op. cit., p. 218/222; AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 110/125 e 136; PAULA ARCOVERDE CAVALCANTI, *Análise de Políticas Públicas*, op. cit., p. 229/242; J.R.CALDAS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., p. 363/397; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 496/512; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 200/205 e GIANDOMENICO MAJONE (*Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración pública, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 214/218).

²⁹⁰ Na metade da década de noventa do século passado, instituiu-se, no Brasil, a “Reforma do Estado”, caracterizada por trazer ao setor público ferramentas mais comuns à iniciativa privada, a exemplo da análise de eficiência e de desempenho dos resultados. Essa reforma baseou a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, que culminou com uma modificação estrutural no Governo. Buscou-se fornecer ao administrador condições concretas de gerenciar com eficiência e eficácia a Administração Pública direta e indireta. Como exemplo, destaca-se a implantação dos contratos de gestão no ordenamento jurídico, dispostos no artigo 37, §8º, da Constituição Federal de 1988. A partir dessa nova concepção gerencial, o controle de resultados, com base em indicadores de desempenho e na mensuração dos custos se sobrepõe ao controle convencional dos processos administrativos.

decorreram de falhas no processo de planejamento.

As análises de eficiência consideram os resultados produzidos contrapondo-os aos recursos humanos, estruturais e financeiros disponibilizados pelo Poder Público. Trata-se de uma relação de insumos e de produtos. E mais. Do uso racional desses insumos para a obtenção dos resultados. A avaliação feita com base no princípio da eficiência possibilita que o gestor, no próximo exercício, foque as suas ações de acordo com coordenadas que lhe permitam conquistar os melhores resultados, com os meios restritos de que dispõe. Em suma, uma análise de custos e benefícios (*cost-benefit analysis*²⁹¹).

A avaliação de economicidade, por sua vez, busca identificar se os resultados foram obtidos pelo menor custo. O seu objetivo é minimizar os dispêndios que são necessários para a concretização das ações governamentais.

O orçamento com foco no desempenho²⁹² conduz a atuação estatal para a busca de resultados. Não é suficiente que o Estado programe as suas ações e concretize as dotações respectivas. Almeja-se, através desse instrumento, focar a atividade financeira estatal para que os objetivos definidos no planejamento sejam atingidos da melhor forma, com mais qualidade e com menos custos. É necessário que os gastos públicos sejam capazes de produzir efetividade, ou seja, de alterar a realidade e atender, de fato, as necessidades sociais. Assim, a gestão orçamental deve ser avaliada pela sua *performance*.

E isso é salutar para a administração pública brasileira. O setor público convive, com

²⁹¹ O autor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (*O princípio da eficiência em matéria tributária*, Scientia Iuridica, nº 312, Tomo LVI, Braga, out/dez 2007, p. 649) estabelece que o princípio da eficiência em matéria tributária corresponde a uma ferramenta legal capaz de gerar o desenvolvimento e a justiça fiscal. Ainda sobre o princípio da eficiência, ver RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 192/193 e JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 682/683.

²⁹² Nos Estados Unidos, surgiu um modelo orçamentário denominado orçamento de desempenho, que apresentou inovações ao modelo tradicional orçamentário. A partir da introdução do *performance budgeting* remodelou-se a análise das despesas feitas por rubricas, para descrevê-las por meio de programações de atividades, atrelando-as aos respectivos resultados planejados. No modelo convencional, todos os gastos eram previstos em forma de *inputs*. No modelo de orçamento de desempenho, as análises passaram a ser feitas em torno dos *outputs*. Ao invés de perguntar o valor de aquisição de uma máquina de ultrassonografia para uma unidade hospitalar, por exemplo, o orçamento de desempenho afere quantos equipamentos são necessários para cada um dos hospitais; quantas pessoas serão beneficiadas com o serviço e se as suas obtenções alteram positivamente o problema a que se propõe. A fase avaliativa também passou a levar em consideração a relação entre resultado e custo. Sobre o orçamento de desempenho e a sua reformulação na atualidade, ver NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *Orçamentação Pública e Programação*, op. cit., p. 642; MARCOS NÓBREGA, *Orçamento, eficiência e performance budget*, op. cit., p. 718/724; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 199/215; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 452 e STUART KASDIN, *Reinventing Reforms: how to improve program management using performance measures*. Really, Public Budgeting & Finance, fall 2010, p. 52/56.

anômala naturalidade, com práticas irresponsavelmente dispendiosas. No cenário nacional não é incomum a realização de gastos supostamente emergenciais e imprevisíveis que deveriam ser corriqueiros e previstos. De igual forma, observam-se ações dispersas e descontinuadas, em decorrência de mau planejamento e gerenciamento.

Recentemente, noticiou-se a existência de cerca de 140 (cento e quarenta) ambulâncias novas estacionadas, sem qualquer uso, no quartel do Corpo de Bombeiros, no Rio de Janeiro²⁹³. O custo de cada ambulância foi de R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais). Os veículos, no entanto, estão depositados sem proteção às intempéries climáticas, com grandes chances de deterioração. O motivo dessa situação seria a dificuldade encontrada pelo Ministério da Saúde em acordar politicamente com os demais estados da federação os critérios a serem utilizados para a distribuição dos carros. Questões políticas e burocráticas estão obstaculizando o repasse de ambulâncias para uma população que necessita, com urgência, de serviços públicos de saúde com qualidade.

O quantitativo de obras públicas paralisadas ou abandonadas pela Administração Pública também é digno de nota. Por esse motivo, no ano de 2016, o Senado da República instalou uma Subcomissão Especial para tratar do tema ²⁹⁴. Desperdício, malversação e ineficácia constituem mazelas inaceitáveis, pois evidenciam o descaso dos gestores com o dinheiro público. A Administração tem o dever de identificar as causas e publicar os motivos das sustações das suas escolhas alocativas feitas no passado e que estejam com as suas execuções paralisadas ou abandonadas. Para esse fim, a etapa avaliativa revela-se crucial.

Com esses exemplos conclui-se que o Estado não está isento de ser responsabilizado, pelo simples fato de ter efetuado gastos públicos. É preciso que os dispêndios alcancem resultados. De que adianta adquirir ambulâncias, se tais bens não são disponibilizados às unidades de saúde para serem empregadas em benefício dos cidadãos? Pode-se justificar a

²⁹³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/mais-de-140-ambulancias-estao-paradas-em-quartel-em-nova-iguacu-rj.ghtml>>. Acesso em: 02.01.2017.

²⁹⁴ Estima-se que o prejuízo aos cofres públicos seja de aproximadamente R\$1 trilhão (um trilhão de reais). Disponível em: <<http://www.12.senado.leg.br/radio/l/noticia/senado-vai-fazer-levantamento-de-todas-as-obras-federais-inacabadas-no-pais>>. Acesso em: 16.04.2018. O problema em torno da paralisação e abandono das obras públicas está longe de terminar, no país. Em auditoria apresentada pela Controladoria Geral da União – CGU, no mês de abril de 2018, o órgão concluiu que o Projeto de Integração do Rio São Francisco – PISF, a cargo do Ministério da Integração, pode comprometer a continuidade da sua execução, por falhas de planejamento e de previsão de recursos para a sua manutenção e sustentabilidade. Trata-se de um projeto de grande relevância social, na medida em que almeja assegurar o fornecimento de água para 12 (doze) milhões de habitantes de 390 (trezentos e noventa) municípios, situados em 04 (quatro) estados da federação. Até o momento, foram gastos R\$ 10,7 bilhões (dez bilhões e setecentos milhões de reais) com a sua implantação. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/transposicao-do-rio-sao-francisco-nao-tem-garantia-de-operacao-e-manutencao-diz-cgu>>. Acesso em: 21.04.2018.

edificação de novas unidades hospitalares no orçamento quando há outras inacabadas?

Não há dúvidas de que o orçamento público continua tendo fundamental importância para o controle político entre os Poderes da República. Mas percebe-se que esse controle ganhou novos contornos. As peças orçamentais apresentam, cada vez mais, novas funcionalidades de cunho gerencial²⁹⁵, como verdadeiros instrumentos de administração. Mudaram-se os tempos e, de igual forma, a visão que se tem a respeito da responsabilidade orçamental da Administração. Nesses novos rumos, a aferição da execução orçamental sob a ótica do seu desempenho mostra-se útil. Não por acaso critérios como eficiência e economicidade²⁹⁶ estão explicitamente descritos no texto constitucional, quando se trata da fiscalização financeira e orçamentária do Estado. Novamente, deve-se repetir. Não basta gastar. É importante que o Estado procure instrumentos que o permitam gastar bem. Para tal mister, os orçamentos, com as suas novas funcionalidades, são ferramentas imprescindíveis.

Essa nova visão traz associados novos deveres de transparência e de prestação de contas. Nesse sentido, o princípio da discriminação ou especialização das despesas públicas, uma regra tradicional no direito orçamentário não apenas brasileiro, constitui um instrumental profícuo. Se na peça orçamental os créditos contiverem a descrição mais detalhada dos objetivos pretendidos pelo Estado, a origem das suas fontes de custeio e as suas respectivas dotações, o trabalho de avaliação administrativa e de controle, interno e externo, restará facilitado. O Estado que não foca, que não define com precisão aonde quer chegar, admite qualquer resultado. É claro que a especificação orçamentária precisa considerar a flexibilidade de que dispõe o administrador para gerir as finanças públicas. Nem totalmente estanque, inflexível, tampouco absolutamente genérico, indeterminado. O orçamento deve ser construído de forma que os gastos públicos possam ser fiscalizados pelas autoridades competentes. Para tanto, a sua formatação estrutural precisa correlacionar, com clareza, os créditos orçamentários às necessidades e ao público que visa atender. Sem dúvida, o princípio da especialização contribui muito para a análise de desempenho do orçamento.

²⁹⁵ Para LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA (*Reforma do Estado para a Cidadania. A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, ENAP – Escola Nacional da Administração Pública, Ed. 34, Brasília, 1998, p. 20), o modelo gerencial é caracterizado por técnicas de administração aplicados na iniciativa privada, consubstanciadas por elementos como indicadores de desempenho, descentralização, competitividade entre as unidades e os órgãos públicos, bem como uso racional de recursos, com base em critérios de eficiência e de economicidade. Sobre a temática, ver ainda JESSE TORRES PEREIRA JUNIOR, *Da reforma administrativa constitucional*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p.43/45 e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1988*, op. cit., p. 18/20.

²⁹⁶ Cf. artigos 70 e 74 da Constituição Federal de 1988.

Para além da adequada avaliação e mensuração das atividades estatais, têm-se também outras espécies de avaliação que não podem ser desconsideradas. Uma delas trata da análise dos impactos. O seu objetivo é identificar as externalidades negativas e positivas, previstas ou não, que foram produzidas na comunidade, a partir da implementação das ações e dos programas governamentais.

Por sua vez, a avaliação de satisfação compreende o índice da satisfação do público-alvo de determinada política. Procura-se saber se as pessoas que estavam envolvidas com o problema ou na situação de coisas que originou o planeamento governamental constataram alterações em suas necessidades, a partir da sua execução.

Nesse último aspecto é importante pontuar, apenas, que a avaliação pode recair para uma subjetividade indesejável. Há sempre uma variedade de atores, com suas respectivas percepções, capazes de valorar distintamente o grau de satisfação em relação à determinada política. Por isso, nesses casos, uma avaliação mais pormenorizada, com o objetivo de descobrir os reais motivos que formaram cada um dos julgamentos apresentados pode ser mais proveitosa.

Por fim, é indispensável observar a abrangência do programa executado, ou seja, se ele conseguiu atingir igualmente a todos os beneficiários que se encontravam sob as mesmas condições. E, em caso negativo, é preciso identificar as causas dessa impossibilidade.

Desse modo, extrai-se que a etapa de avaliação é vital. Nessa fase, o programa governamental é colocado em xeque. Comparam-se as efetivas realizações da Administração com as proposições estabelecidas no planeamento governamental. Constata-se a pequeno, médio e longo prazo a sua produtividade, em termos quantitativos e qualitativos e se houve ou não mudanças significativas no problema e no estado de coisas que provocou a intervenção estatal. Consideram-se os eventuais fatores extrínsecos que, de alguma forma, prejudicaram a viabilização da política pública e, por fim, julga-se o desempenho do Governo. Mais crucial do que os meios, são os fins, o cumprimento dos programas, o atingimento dos objetivos e das metas, o atendimento das necessidades sociais. A prestação de contas e o seu respectivo controle ultrapassa a verificação da legalidade e se volta também para a aferição da legitimidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia dos gastos públicos.

E, ainda que o julgamento a respeito do desempenho governamental seja negativo, a avaliação mostra-se benéfica ao sistema, que deve basear-se na ideia de retroalimentação. Por

meio da técnica avaliativa, o Poder Público pode ter uma nova concepção sobre o problema e, com isso, reformular a política posta ou, até mesmo, abandoná-la. Não se pode olvidar que o sucesso do ciclo orçamentário depende, em grande parte, da vontade do Estado em reconhecer, de forma relativamente célere, o momento em que tais providências permanecem ou não sendo necessárias. Em suma, a etapa de avaliação não finda o ciclo orçamentário, mas o realimenta, de maneira que permite a sua correção continuamente. Almeja o aperfeiçoamento da administração. Tem caráter prospectivo.

Por isso, a fase avaliativa, quando levada a sério, tem a capacidade de conectar o planejamento às ações governamentais. É o momento em que se verifica se o planejamento e a execução orçamental são dotados de coerência ou se limitam a um mero conjunto de intenções estatais aleatórias²⁹⁷. Para impedir que os planos sejam elaborados de forma dispersa, é preciso que a máquina estatal seja arquitetada para atuar com base em diretrizes e prioridades predefinidas. Nessa construção, a ordem, o local e a forma com que o cimento, as vigas e os tijolos utilizados em uma edificação são empregados interferem no seu resultado final. A avaliação oferece esses referenciais. A sua prática periódica possibilita a sistematização das ações governamentais, a identificação de erros e acertos nos arranjos institucionais e a extração de conclusões mais balizadas sobre as decisões tomadas. Portanto, a ocorrência de uma intervenção contingente ou de uma atuação prospectiva e bem delineada, depende em muito dessa fase do ciclo orçamentário. Resta saber se o Governo está realmente disposto a abrir essa “caixa preta” e a seguir as recomendações a serem extraídas do processo de análise.

A partir da ação avaliativa, há possibilidade de realização do controle interno e externo da Administração Pública, em que as prestações de contas serão fiscalizadas e eventuais erros, maus direcionamentos, insuficiências e omissões serão analisados. O dever de prestar contas²⁹⁸ e da boa governança financeira são consequências inexoráveis da responsabilidade que recai aos gestores, por administrarem os recursos públicos. Afinal, é inegável que o destino a ser dado ao erário público interfere diretamente nas condições de vida presente e futura da população.

Para que haja controle e eventual responsabilização, as informações financeiras precisam ser disponibilizadas, com transparência e clareza, a todos os segmentos da sociedade.

²⁹⁷ Para MICHAL COHEN, JAMES MARCH E JOHAN OLSEN (*A garbage can model of organizational choice*, Administrative Science Quarterly, Cornell University, vol. 17, nº 01, mar./1972, p. 01/25), esse fenômeno de anarquia institucional é denominado de “lata de lixo”.

²⁹⁸ Cf. artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Ao prestar contas do seu desempenho, os gestores passam a ter maior preocupação com os resultados apresentados. De outro lado, ao ter acesso à informação, os cidadãos sentem-se prestigiados e fazendo parte de um sistema, muitas vezes centralizado e distante das suas realidades. Isso reacende o interesse da população no debate político, o que é essencial. Um Estado Democrático de Direito somente pode ser construído com solidez se tiver como bases a cooperação social e a responsabilidade individual²⁹⁹.

3.4 Da transparência e do controle

Não existe Estado Democrático de Direito sem que as pessoas possam expressar a sua voz. E, para ter voz, não basta que seja assegurado aos cidadãos a liberdade de expressão. Sem dúvida, isso é fundamental. Mas é preciso desbravar novas profundezas. É necessário expandir os rumos da democracia. Para tanto, é essencial ampliar as capacidades humanas e as liberdades substantivas, de modo que as pessoas desenvolvam a sua autodeterminação de maneira plena. Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem definir os seus próprios rumos e contribuir, efetivamente, no processo coletivo³⁰⁰.

Os indivíduos têm o direito - e precisam ter condições para tal - de obter informações, perquirir os atos dos gestores públicos, participar criticamente de um debate aberto e profundo e avaliar o desempenho governamental. Nesse sentido, as liberdades participativas e as garantias de transparência constituem um instrumental de extrema importância. Ao disponibilizar aos cidadãos o acesso às informações públicas, com clareza e profundidade, a

²⁹⁹ Para JOSÉ CASALTA NABAIS (*Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Ed. Almedina, Coimbra, 2005, p. 21): “os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina, nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas, com custos públicos”. Sobre a temática em torno da *accountability*, ver NAZARE DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS, *Finanças públicas e direito financeiro*, op. cit., p. 413/414; J. R. CALDAS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., p. 362/373 e ANTONIO L. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 452/470. Para o doutrinador português, o controle do orçamento deve verificar se o Poder Executivo cumpriu os ditames legais e as autorizações concedidas pelo Poder Legislativo, bem como se utilizou adequadamente dos recursos públicos, evitando desperdícios e malversações.

³⁰⁰ Cf. AMARTYA SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, Ed. Companhia de Bolso, São Paulo, 2010, p. 25/26 e 51. Sobre a relação do “florescimento” humano e o pleno exercício das liberdades substantivas, ver, ainda, MARTHA C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The Human development approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2011, p. 17/45 e CRISTIANE COELHO, “O caráter democrático do orçamento de investimento”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 267/282. Atrelando a discussão ao princípio da dignidade da pessoa humana, JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Inconstitucionalidade*, Vol. II, Ed. Almedina, Coimbra, 2016, p. 129 e NORBERTO BOBBIO, *O futuro da democracia*, op. cit., p. 31/32.

vida política - e não necessariamente dos políticos - se enriquece. Possibilita-se o exercício da cidadania de forma mais completa, em um processo de constante interação e de efetiva influência na realidade em que se está inserido.

Afinal, por mais que as relações humanas naturalmente pressuponham uma relação de confiança mútua, os indivíduos necessitam sentir-se seguros para conduzir e planejar as suas vidas. Ao escolherem os seus representantes, os eleitores depositam-lhes confiança e esperam segurança e responsabilidade na gestão pública. Os governos não são constituídos como um fim em si mesmo. Eles servem para ajudar as pessoas.

No momento em que a confiança e a segurança são violadas, as vidas de muitos indivíduos podem ser prejudicadas. A credibilidade no Estado de Direito pode ser abalada. O descrédito nas instituições que o compõe conduz a população a reavaliar a importância da sua participação no exercício da cidadania, conferindo-lhe um papel diminuto. Ao não se sentirem fazendo parte do todo, os cidadãos passam a agir de forma mais egoísta, sem preocupação com a coletividade. Por não possuírem mais o mesmo sentimento de pertencimento, esquecem que as suas ações individuais podem impactar positiva ou negativamente em toda a sociedade. Em verdade, a percepção dos indivíduos em relação ao papel que representam na sociedade impacta diretamente nos seus comportamentos e nos (des)cumprimentos das regras estabelecidas no ordenamento³⁰¹.

Um exemplo pode ser extraído no âmbito tributário. Não é incomum observar que quanto maior a desproporção entre a carga tributária exigida e os serviços públicos ofertados, maior é o desprestígio da população em relação ao Estado. Desacreditadas, as pessoas não se sentem estimuladas a contribuir e resistem, com mais vigor, a qualquer aumento da carga

³⁰¹ No Departamento de psicologia da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, o professor Philip Zimbardo decidiu fazer uma pesquisa empírica, com seus alunos, para descobrir se a brutalidade das prisões é um produto dos maus prisioneiros e da reação dos guardas ou se os papéis institucionais de guarda e prisioneiro amarguram e embrutece as pessoas. Em síntese, a problemática girava em torno de saber se as pessoas tornam o lugar violento ou se o lugar torna as pessoas violentas. Para viabilizar a sua pesquisa, o professor norte-americano, por meio de um sorteio, designou alguns estudantes para ocuparem a posição de guardas e outros para serem os prisioneiros. A experiência duraria por duas semanas. Aqueles que ocuparam essa última posição foram trancafiados em celas e obrigados a usar vestimentas assemelhadas a camisolas hospitalares. No primeiro dia, o convívio entre os estudantes foi amistoso. Contudo, com o tempo, os alunos desenvolveram confusões psicológicas que comprometeram a sua noção de ilusão e realidade. Os alunos que ocupavam a condição de guardas começaram a efetivamente assumir esse papel e passaram a destratar os demais, aprisionados em celas. Foram criadas situações cruéis e degradantes. Por essa razão, o professor Zimbardo cancelou a simulação em apenas seis dias. Em suas conclusões, constatou que as pessoas representam papéis que moldam as suas atitudes. O meio interfere diretamente nesse processo. As pessoas tendem a sentirem-se impotentes até o ponto de cederem com as suas próprias convicções se perceberem que a lógica da realidade sistêmica é diversa dos seus pensamentos. Sobre maiores detalhes a respeito da pesquisa ora mencionada, ver DAVID G. MYERS, *Psicologia Social*, 10ª edição, Ed. Artmed, Porto Alegre, 2014, p. 120.

tributária. A reprovação social, inclusive, é considerada como causa para o aumento de fraudes e evasões fiscais³⁰².

Portanto, a proteção da confiança e da segurança, tão caras ao ser humano, exigem, em verdade, fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência³⁰³. Com efeito, o princípio da transparência, em sua acepção ampla, promove a confiança e a segurança e serve de escudo inibidor da corrupção e da irresponsabilidade financeira. O meio pelo qual o Estado toma as suas decisões e as concretiza através de políticas públicas disponibilizadas à população devem ser expostas no ciclo orçamentário. A depender da sua clareza, fundamentação e publicidade, o processo orçamentário constituirá um importante canal para o fortalecimento da legitimidade da Administração Pública.

Logo, compreende-se o princípio da transparência como um corolário direto do regime democrático. Agir com transparência é justificar as decisões governamentais; é explicitar as condutas estatais; é não intervir de forma aleatória no processo; é buscar o consenso, por meio da informação e da participação de todos. Para tanto, é necessário evidenciar publicamente as razões das suas escolhas e comportamentos e submetê-los às leis e à Constituição. Inserem-se à concepção macro de transparência os institutos da probidade, da publicidade, da motivação e da participação popular³⁰⁴.

De plano, não se pode vislumbrar o trato do dinheiro público sem relacioná-lo ao princípio da probidade. Ao utilizar-se dos recursos públicos, obtidos, em sua maioria, através da tributação, o gestor tem o dever ético de administrá-lo e devolvê-lo, da melhor forma possível, à sociedade, através de serviços ou bens. O emprego irregular das receitas corresponde a uma fraude aos contribuintes e, mais do que isso, uma afronta ao Estado

³⁰² Cf. ÓSCAR AFONSO, *Motivações para a fraude e evasão fiscais*, Observatório de economia e Gestão de Fraude, set./2015. Disponível em: <<http://www.gestaofraude.eu/wordpress/?p=22035>>. Acesso em: 26.11.2016. A autora MALLA POLACK (*O alto custo de não ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos*, op. cit. p. 347) apresenta outras consequências geradas pela desmotivação da sociedade em relação ao Estado. Para a autora, o baixo índice de votação e as altas taxas de encarceramento podem ter relações diretas com a desilusão geral em relação às prioridades do Governo.

³⁰³ Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 257.

³⁰⁴ O autor WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR (*Transparência administrativa – publicação, motivação e participação popular*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 393/395) entende que o princípio da transparência é composto por três subprincípios: o princípio da publicidade, da motivação e da participação popular. Para o autor RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 203), os ditames da transparência fiscal são justamente a clareza, a abertura e a simplicidade. Sem isso, o cidadão não tem como se sentir seguro em relação ao Estado e às suas ações. Ao tratar do tema, JAMES GIACOMONI (*Orçamento Público*, op. cit., p. 82) relaciona o princípio da transparência fiscal aos princípios da publicidade, da clareza e da exatidão. Sobre a temática, ver RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 476/477.

Democrático de Direito. Os princípios da publicidade e da motivação estão absolutamente atrelados ao princípio da probidade. A qualidade da fiscalização depende essencialmente da explanação detalhada e clara dos motivos que conduziram o gestor a tomar uma determinada decisão de natureza comissiva ou omissiva. É justamente a partir dessas informações que os órgãos de controle e, principalmente, os próprios indivíduos terão condições de compreender as políticas públicas implementadas e avaliar a gestão administrativa.

O princípio da transparência permite que os cidadãos olhem para dentro do Estado, conheçam as engrenagens da máquina pública e avaliem, critiquem e/ou compreendam a gestão governamental. Não há mais espaço para melindres por parte dos administradores. O dissenso é natural da democracia. Aliás, é da sua essência a admissibilidade de convivência entre diversos pontos de vista discordantes. A limitação ou, pior, a eliminação da transparência fiscal compromete os trabalhos de fiscalização e abre caminho para práticas deletérias no exercício da função pública. Os seus efeitos são nefastos, causadores de ranhuras no sistema e geradores de debilidade democrática.

A participação popular limitada aos pleitos eleitorais, portanto, não mais se revela suficiente para o concreto exercício da soberania popular que clama pela integração entre os cidadãos e os poderes constituídos. A arena política é um espaço vivo, dinâmico e deve ser construída diariamente. O incentivo à participação política promove um efetivo controle social, que deixa de ocorrer restritivamente nos momentos de eleições, por meio do sufrágio universal e do exercício da capacidade eleitoral passiva.

Não à toa, organismos internacionais, a exemplo do Fundo Monetário Internacional - FMI³⁰⁵ aconselharam os países a conclamar a população e o setor produtivo a participar da elaboração, da execução e da avaliação das políticas públicas e, por conseguinte, do próprio orçamento público.

Em meados do ano de 1998, o Fundo Monetário Internacional – FMI promulgou o

³⁰⁵ O Fundo Monetário Nacional foi idealizado no final da Segunda Guerra Mundial, com o propósito de discutir os rumos da economia mundial e impedir a ocorrência, em momento tão crítico, de novas crises econômicas, a exemplo da experiência vivenciada em 1929, com a quebra da bolsa de Nova York. No ano de 1945, 29 (vinte e nove) países assinaram o acordo que constituiu o referido fundo. Dentre os objetivos fixados, destaca-se a promoção da cooperação monetária internacional através de uma instituição permanente que fornecesse mecanismos de consulta e colaboração financeira aos seus integrantes, bem como a facilitação do crescimento equilibrado do comércio internacional. Sobre o assunto, ver MARCELO RODRIGUES DE SIQUEIRA, “*Os desafios do estado fiscal contemporâneo e a transparência fiscal*”, In José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva (Coords.), *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011, p. 143/145.

Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal e o Manual de Transparência Fiscal³⁰⁶, recomendando o atendimento ao princípio da legalidade, na medida em que nenhum gasto seja concretizado sem anterior previsão legal. Ademais, todos os gastos devem encontrar-se organizados, por meio dos orçamentos públicos. Nesses documentos, os dispêndios devem ser apresentados ao Poder Legislativo, de acordo com cronogramas específicos e à população, de forma clara e fundamentada, para facilitar as suas avaliações. Ainda no que diz respeito ao acesso à informação pela população, o Fundo Monetário Internacional orienta que o público deve ser plenamente informado sobre a atividade financeira do Estado e sobre os riscos fiscais. Há premente preocupação, ainda, quanto ao realismo dos dados orçamentários.

O fundamento dessas orientações feitas pelo referido organismo internacional baseia-se na ideia de que a transparência conduz à boa governança e inibe as incertezas políticas, além da ineficiência e a prática de corrupção. Em suma, a boa governança promove a estabilidade macroeconômica e, por conseguinte, o desenvolvimento social³⁰⁷.

Uma série de transformações políticas, econômicas e sociais contribuiu para a aceitação mundial do princípio da transparência e do direito à informação. Muitos países que viviam submetidos a regimes ditatoriais, a partir de 1980, iniciaram as suas transições para regimes democráticos e conceberam constituições reescritas em novas bases, avessas às práticas autoritárias de outrora. A reformulação política também rediscutiu a participação ativa da sociedade nos assuntos estatais e conferiu maior importância ao acesso à informação.

No Brasil, a Constituição Federal tratou do princípio da transparência, ao assegurar, expressamente, os direitos à liberdade de expressão e de informação³⁰⁸, bem como à

³⁰⁶ No ano de 2002, a Organização para Cooperação e de Desenvolvimento Econômico – OCDE publicou o Relatório de Melhores Práticas de Transparência Orçamentária - RMPTO. O código contempla quatro grandes objetivos, com inúmeros desdobramentos. São eles: a clareza de competência e responsabilidades; a disponibilidade pública da informação; a preparação, a execução e o relatório do orçamento aberto; a sujeição da integridade da informação fiscal à auditoria independente. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/Assessment%20Recommendations%20booklet_PORT.pdf>. Acesso em: 18.01.2017.

³⁰⁷ É importante destacar que a adoção das recomendações feitas pelo Fundo Monetário Internacional, através do Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal e do Manual de Transparência Fiscal é de livre deliberação interna de cada um dos países. Nessa conformidade, é o próprio Estado que requer a avaliação de desempenho por parte do Fundo Monetário Internacional, no âmbito da transparência.

³⁰⁸ Segundo TOBY MENDEL (*Liberdade de informação: um estudo de direito*, 2ª edição, UNESCO, Brasília, 2009, p. 26), a liberdade de informação foi contemplada, de forma abrangente, pela primeira vez, na Suécia, no ano de 1766, através da Lei de Liberdade de Imprensa. Em 1948, o termo liberdade de informação foi expressamente previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O artigo 19, do referido diploma legal prescreve que todos têm o direito à liberdade de opinião e expressão e de exercê-lo, sem interferência. De igual forma, todos têm o direito de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras. Para NOBERTO BOBBIO (*O futuro da democracia*, op. cit., p. 63/64), as sociedades

participação popular, inclusive no campo das políticas públicas, ao prever novos mecanismos de atuação e controle, tais como os conselhos comunitários, compostos de forma paritária, em sua maioria, por representantes do Poder Público e da sociedade civil³⁰⁹. No que diz respeito às informações detidas pelo Poder Público, o texto constitucional garante ao indivíduo o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, mas também de interesse coletivo, com exceção daquelas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado³¹⁰. A Carta de 1988 ainda prevê a publicidade, como um dos vetores da Administração Pública, impedindo o seu emprego para a divulgação de atos, programas, obras e campanhas dos gestores do Estado, não atinentes a fins educacionais, informativos ou de orientação social³¹¹. E, estabelece que os valores dos subsídios e remunerações dos servidores públicos, ocupantes de cargos e empregos públicos, devem ser publicados anualmente³¹². No que pertine à prestação de contas, determina a sua obrigatoriedade perante o Parlamento por todos aqueles que tenham realizado gastos públicos, bem como, no âmbito municipal, a imperativa disposição das contas do Executivo, por 60 (sessenta) dias, na Câmara de Vereadores, para acesso livre de qualquer contribuinte³¹³. Nessa tônica, o texto constitucional contempla dispositivo específico que impõe aos responsáveis pelo controle interno o dever de comunicar ao Tribunal de Contas da União, qualquer irregularidade ou ilegalidade, sob pena de

são pluralistas, razão pela qual o dissenso não só é inevitável, como também é necessário. Para tanto, a liberdade de expressão e de opinião são fundamentais. O doutrinador italiano estabelece uma conexão entre a sociedade, o dissenso, a liberdade de expressão, o poder e a democracia. Para ele tudo está conectado. Os integrantes da sociedade discordam entre si. A liberdade de dissentir possibilita uma melhor distribuição do poder que, por sua vez, abre as portas para a democratização da sociedade. A democratização social alarga e integra a democracia política. Sobre o tema ver ainda EMERSON GARCIA, *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*, Revista do EMERJ, v. 07, nº 26, Rio de Janeiro, 2004, p. 211/213; SERGIO ASSONI FILHO, *Transparência Fiscal e Democracia*, Nuria Fabris Ed., Porto Alegre, 2009, p. 64/70; FERNANDO FACURY SCAFF, “Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 215/231; CARLOS OTÁVIO FERREIRA DE ALMEIDA, “O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no Estado Contemporâneo”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 577/599; LUIZ EDSON FACHIN, “A promoção da transparência pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 49/60 e FLAVIO RUBISTEIN, “Notas sobre a transparência fiscal no direito financeiro”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 869/910.

³⁰⁹ Vale destacar que os conselhos comunitários introduzidos a partir da Constituição Federal, os quais possuem importante participação na elaboração, na concretização e na fiscalização das políticas públicas desenvolvidas pelo Governo. Dentre eles, destacam-se os Conselhos Municipais e Estaduais da saúde, da criança e do adolescente, da educação, da merenda escolar e da segurança pública.

³¹⁰ Cf. artigo 5º, incisos IV, XIV, XXXIII e LXXII, alínea a) da Constituição Federal de 1988.

³¹¹ Cf. artigo 37, caput e § 1º da Constituição Federal de 1988.

³¹² Cf. artigo 39, §6º, da Constituição Federal de 1988.

³¹³ Cf. artigos 31, §3º e 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

responsabilidade solidária³¹⁴.

No âmbito infraconstitucional, o país teve muitos avanços legislativos e administrativos, para fins de regulamentação do princípio da transparência.

A Lei nº 9.755/1998 obriga os Tribunais de Contas do país a criarem e a manterem uma homepage na internet (sítio eletrônico) com dados de todos os entes da federação sobre a implantação orçamentária. Passa a ser obrigatória a disponibilização de relatório resumido da execução orçamentária, acrescida das relações de compras mensais feitas pela Administração Pública direta e indireta. Percebe-se, destarte, que essa mudança legislativa acompanhou as evoluções tecnológicas, principalmente após o advento da internet, não existente no período em que a Constituição Federal foi promulgada.

Em seguida, a Lei Complementar nº 101/2000 prevê inúmeros dispositivos com o propósito de garantir a transparência na gestão fiscal, em especial no que diz respeito às despesas públicas e às prestações de contas³¹⁵. Nesse diapasão, a Lei de Responsabilidade Fiscal determina que o gestor deva apresentar, anualmente, o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório da gestão fiscal, que ficarão à disposição do cidadão, para consulta e apreciação, nas sedes do Poder Legislativo e do órgão técnico responsável. A falta de publicação do relatório de gestão gera impedimento para o ente receber transferências voluntárias da União, bem como responsabilidade pessoal do próprio gestor, sujeitando-o à pena de multa até 30% (trinta por cento) dos seus vencimentos anuais³¹⁶. Ademais, com o objetivo de prevenir ilegalidades, atuações insuficientes e/ou ineficazes e de promover correções de desvios capazes de afetar as contas públicas, estabelece-se, expressamente, a necessidade de incentivo à participação popular, através da realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos estatutos orçamentários.

Nesse contexto é preciso abrir um parêntese para explicar a influência da transparência e da participação política na confecção no Plano Plurianual. O estatuto que espelha o planejamento macro e de natureza estratégica do Estado busca resguardar a participação social e federativa. Ao final da vigência do referido instrumento são realizados fóruns periódicos que contam com a participação dos Conselhos Comunitários Nacionais e de

³¹⁴ Cf. artigo 74, §1º da Constituição Federal de 1988.

³¹⁵ Cf. artigos 48, 48-A e 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Sobre a temática ver MOACIR MARQUES DA SILVA, “*A lógica do planejamento público à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 751/765.

³¹⁶ Cf. artigo 5º da Lei nº 10.028/2000.

diversas entidades não governamentais do terceiro setor. Também reúnem representantes dos Governos Federal, Estadual e Municipal que compõem as macrorregiões do país. O intuito é que o Plano Plurianual seguinte seja elaborado após a coleta de sugestões cooperadas, que representem a pluralidade da sociedade e as diferenças econômicas, sociais e culturais das cinco regiões do Brasil. É digno de nota que o Plano Plurianual referente ao período de 2016-2019 foi construído nessas bases. Segundo o Ministério do Planejamento, o processo envolveu mais de 4.000 (quatro mil) pessoas, 120 (cento e vinte) oficinas governamentais, 02 (dois) Fóruns Interconselhos, 06 (seis) Fóruns regionais e 04 (quatro) setoriais³¹⁷.

Dando prosseguimento à investigação infraconstitucional acerca do tema, tem-se a Lei Complementar nº 131/2009, conhecida como Lei da Transparência, editada para reforçar os regramentos anteriores. A sua principal contribuição foi determinar a publicidade, em tempo real e através de meio eletrônico, de todas as despesas governamentais praticadas durante a execução orçamentária, com maior detalhamento e não apenas por meio de relatórios resumidos. Para tanto, os entes federados tiveram que adotar um sistema integrado de administração financeira capaz de atender os padrões mínimos fixados pelo Governo Federal.

E, no ano de 2011, foi promulgada a Lei nº 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação, que introduz os institutos denominados transparência ativa e passiva. A transparência ativa determina, expressamente, ser dever dos órgãos e entidades públicas a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral, independentemente de solicitações, tais como as relações dos registros de quaisquer despesas; das competências e estruturas organizacionais; dos endereços e telefones das respectivas unidades; dos horários de atendimento ao público; dos registros de todos os repasses ou transferências de recursos financeiros; dos dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades³¹⁸. De outro lado, a transparência passiva possibilita que qualquer interessado faça solicitações específicas sobre informações públicas, em especial as que se referem aos gastos públicos e às prestações de contas³¹⁹.

Todavia, o exercício da denominada transparência passiva enfrentou problemas de ordem prática. Ao protocolar a sua petição, o cidadão nem sempre tem o conhecimento sobre

³¹⁷ Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/planeja/plano-plurianual>>. Acesso em: 12.02.2018.

³¹⁸ Cf. artigo 8º da Lei nº 12.527/2011.

³¹⁹ Cf. capítulo III da Lei nº 12.527/2011.

as atribuições de cada uma das unidades ou órgão orçamentários, não sendo incomum fazê-lo perante um órgão ou uma unidade administrativa desprovida de atribuição para apreciá-la. Diante do grande número de pleitos protocolados com equívocos de direcionamento, os feitos passaram a ser indeferidos, sob o argumento de que as solicitações prejudicavam o andamento regular das atividades entidades e/ou geravam custos extras não contabilizados no orçamento. E, quando não havia o indeferimento, as solicitações demoravam, em demasia, para serem atendidas.

Para solucionar o problema, em 2012, houve uma alteração da Lei de Acesso à Informação que determinou, explicitamente, que os procedimentos que exigissem trabalhos adicionais de análise, interpretação e consolidação ou produção e/ou tratamento de dados diversos da atribuição do órgão ou entidade para os quais fosse protocolado, não seriam atendidos, de plano³²⁰. Ocorre que essa nova regulamentação esvaziou, em grande parte, o instituto da transparência passiva, criado pela Lei nº 12.527/2011. O argumento em torno da geração de trabalho adicional é extremamente aberto e a falta de delineio mais objetivo, pela lei, permitiu que imperasse, em desfavor do cidadão, a mais absoluta subjetividade. O que pode ser considerado trabalho adicional? Se uma lei federal institui essa tarefa às unidades e órgãos orçamentários isso pode ser considerado como trabalho extra ou apenas se trata de uma nova atribuição administrativa? O ideal seria que o Estado, no lugar de criar um mecanismo que justificasse o indeferimento do pleito em apenas um ano após a sua criação, recolhesse informações por meio das dificuldades práticas vividas e se organizasse de maneira a atender às demandas da sociedade, inclusive melhorando o acesso da população às informações relacionadas às regras de competência. Em uma burocracia estatal de tamanha magnitude como a brasileira, é muito difícil esperar que o cidadão disponha de todas as informações administrativas necessárias para identificar o responsável pela unidade geradora de cada uma das despesas governamentais. Ademais, não é incomum que os gestores das políticas públicas pertençam a um órgão e os responsáveis pela sua execução financeira a outro.

Para exemplificar, imaginemos que no orçamento foi introduzido um programa com a finalidade de atender pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Esse projeto foi gerado no âmbito da Secretaria de Saúde, uma vez que o tratamento de toxicômanos é concebido como um tema de saúde pública. Contudo, para executar essa finalidade, o gestor o dividiu em inúmeras ações, sendo que algumas delas seriam efetivadas pelos profissionais da

³²⁰ Cf. artigo 13, inciso III do Decreto nº 7.724/2012.

área da saúde e outras pelos profissionais da assistência social, responsáveis pela integração familiar e social do paciente. Agora, pensemos na mãe de um paciente, uma dona de casa que possui um filho com esse problema e que não conseguiu receber o devido atendimento público. Essa senhora decide saber o motivo pelo qual o programa não está atendendo a todos os que dele precisam. Assim, ela vai até a Secretaria Municipal de Assistência Social e solicita informações sobre a execução do programa e tem o seu pleito indeferido, sob o argumento de que fora solicitado perante uma unidade sem atribuição para produzir os dados, uma vez que o projeto é gestado pela Secretaria Municipal de Saúde. Na hipótese, como exigir que essa senhora conhecesse, em detalhes, a divisão interna das atribuições da unidade? Por que o próprio Poder Público, que detém esta informação, não distribui o requerimento internamente e atende à solicitação? Em nosso entendimento, outras medidas poderiam ter sido adotadas pelo Governo para coibir solicitações desprovidas de razoabilidade, sem que fosse necessário o indeferimento subjetivo e prematuro de demandas por motivo de trabalho adicional aos órgãos públicos ou por desconhecimento, pelo particular, das atribuições dos órgãos e das unidades administrativas.

Ampliar o acesso e não restringir³²¹. Esse deve ser o lema da Administração Pública no trato com as prestações de contas referentes à atividade financeira estatal. Afinal, o direito de acesso à informação é reflexo direto do regime democrático. A participação efetiva da população no trato da coisa pública demonstra preocupação de todos por aquilo que pertence a todos. Portanto, é impensável que em um sistema representativo de governo os representantes não prestem à população, que lhes confiou o voto e lhes conferiu legitimidade, os esclarecimentos que se fizerem necessários em torno das políticas públicas e dos gastos públicos.

Ainda no âmbito da Lei de Acesso à Informação é importante registrar que o diploma legal definiu os dados sigilosos³²² e o tratamento à sua proteção e controle³²³. Todo governo

³²¹ Baseado nessa acepção, a Organização das Nações Unidas tem desenvolvido um importante trabalho de ampliação do direito à informação, para incluir em seu conteúdo o denominado “direito à verdade” no campo dos direitos humanos, como passo de um novo compromisso firmado com o regime democrático. No Brasil, esse novo viés do direito à informação tem trazido grandes polêmicas, principalmente em relação a dados decorrentes do período ditatorial. No campo das finanças, GUILHERME WALDERMAR D’OLIVEIRA MARTINS (*Consolidação Orçamental e Política Financeira*, op. cit., p. 289) destaca que a tendência mundial é de que as informações usadas como parâmetros às previsões devem ser as mais completas possíveis, inclusive indicando os riscos financeiros agregados que exponham a Administração Pública. Nessa conformidade, a divulgação e a publicação das contas públicas devem refletir os efeitos globais verificados na execução do orçamento.

³²² Cf. capítulo IV da Lei nº 12.527/2011.

³²³ Ao tratar dos dados sigilosos é necessário fazer um apontamento em relação às dificuldades

executa gastos sigilosos, em geral, sob o argumento de segurança do Estado e da comunidade³²⁴. Entretanto, tal como ocorre com as despesas não sigilosas, essas também dependem de inclusão orçamentária e devem ser objeto de análise pelo Tribunal de Contas e de deliberação e aprovação pelo Legislativo, contanto que o trâmite ocorra de maneira a respeitar o sigilo decretado³²⁵. De outro giro, se, no momento da avaliação, constatar-se que as despesas, a princípio catalogadas como sigilosas pelo Executivo, não o são, devem tanto o Tribunal de Contas quanto o Congresso Nacional torná-las públicas.

A Lei nº 13.019/2014 que disciplina a relação do Estado com as Organizações da Sociedade Civil – OSCs também se preocupou com o princípio da transparência. Em seu bojo, determinou que as prestações de contas de todas as parcerias mantidas com o Poder Público devem ser expostas pela própria organização e submetidas à análise conclusiva da Administração, sem prejuízo da atuação dos órgãos de controle. Essa avaliação final busca verificar o cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos resultados previstos³²⁶.

Percebe-se, portanto, que a Constituição Federal, a Lei nº 9.755/1998, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei da Transparência, a Lei de Acesso à Informação e a Lei

enfrentadas para o acesso às informações referentes ao uso dos cartões corporativos. Esse sistema de pagamento foi instituído no ano de 2001, com o objetivo de promover maior agilidade na gestão pública. Por meio desse instrumento, Ministros de Estado e servidores públicos específicos podem realizar despesas de pequeno porte e urgentes, para o pagamento de bens, serviços e demais despesas materiais. Os funcionamentos desses cartões ocorrem por meio de duas modalidades, quais sejam compras a crédito e saques em dinheiro. Em 2008, a imprensa nacional divulgou que os cartões corporativos estavam sendo utilizados por Ministros do Governo Federal, de forma indevida, para a dispensa de licitações ou para as aquisições de bens e serviços, sem quaisquer relações com o interesse público, como a reforma de uma mesa de sinuca de um funcionário lotado no Ministério das Comunicações. Por esse motivo, instaurou-se uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional. E, em que pese não tenha havido indiciamento de nenhum dos envolvidos, essa crise política vivenciada pelo Governo ensejou a rediscussão em torno dos cartões corporativos e a necessidade de transparência na sua utilização. Atualmente, os cartões continuam sendo usados. No primeiro semestre de 2016, gastaram-se R\$ 22.784.000,00 milhões (vinte e dois milhões, setecentos e oitenta e quatro mil reais) com despesas provenientes dos cartões corporativos. Mas, os problemas com as divulgações de informações persistem. Como muitas das despesas realizadas são através de saques em dinheiro, existem sérias dificuldades de se individualizar e, por conseguinte, de se publicizar os gastos. Sabe-se o quanto foi sacado, mas não há prestação de contas acessível quanto aos gastos concretos realizados. Além disso, no segundo semestre de 2016, o governo permaneceu 03 (três) meses sem divulgar quaisquer gastos, em seu site. Logo, não há escurreita transparência no uso dos cartões corporativos, no país. Sobre o tema, ver: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos>> e <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/13816>>. Acesso em: 15.12.2016.

³²⁴ No Brasil, as despesas referentes ao Programa Autônomo de Tecnologia Nuclear são realizadas de maneira sigilosa.

³²⁵ Segundo FERNANDO FACURY SCAFF, (*Direitos Fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade*, op. cit., p. 221) no ano de 2010, foram gastos mais de R\$ 32 milhões (trinta e dois milhões de reais) em despesas sigilosas. De 2002 a 2010, os dispêndios sigilosos do Governo Federal cresceram treze vezes e, se forem computados os gastos com cartões corporativos, o incremento foi de quase 30 (trinta) vezes.

³²⁶ Cf. artigo 2º XIV da Lei nº 13.019/2014.

13.019/2014 constituem primorosas e úteis ferramentas para o desenvolvimento da cultura da transparência na gestão pública brasileira. Todos esses expedientes normativos buscaram conferir maior publicidade e controle, inclusive por meio da participação popular, dos gastos públicos, os quais devem atender ao princípio da probidade, em toda e qualquer circunstância. Posto isso, pode-se afirmar: Em um Estado Democrático de Direito o direito dos cidadãos à informação e o dever estatal de prestação de contas correspondem aos dois lados de uma mesma moeda.

Outro ponto merecedor de destaque atrelado ao princípio da transparência refere-se à motivação das despesas públicas. O ato de motivar os gastos públicos não se limita à indicação do fundamento legal que o previu. Trata-se de algo mais complexo. A motivação da despesa pública corresponde ao conjunto de informações que devem ser prestadas aos destinatários dos gastos e aos órgãos de controle a fim de que todos compreendam o seu verdadeiro contexto. Ao motivar, o gestor deve descrever em que ações e programas determinada despesa está inserida; quais foram as razões que o levaram a realizá-la ou não, bem como os resultados esperados e efetivamente atingidos com a sua eventual implementação. A motivação reforça a legitimidade do representante, pois possibilita que o representado compreenda que determinado gasto foi necessário para o atendimento de um objetivo relevante, de interesse público. Trata-se de uma ferramenta importante para o processo de *accountability*, pois permite verificar se a condução governamental está ou não em conformidade ao ordenamento jurídico.

Em relação a esse aspecto, o Decreto-Lei 200/1967 que disciplina a organização da Administração Federal determina que qualquer pessoa que utilize dinheiro público tem o dever de justificar o seu uso regular, em conformidade aos ditames legais e administrativos vigentes³²⁷. Em 1999, editou-se, ainda, a Lei nº 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Em razão da importância do tema, criou-se um capítulo específico à motivação dos atos administrativos, determinando-se que deve ser explícita, clara e congruente³²⁸.

Assim, observa-se que o ciclo orçamentário não pode prescindir da transparência. As pessoas e as demais instituições de controle precisam ter acesso às informações que compõem as fases de elaboração, execução e avaliação do orçamento para compreendê-lo e para

³²⁷ Cf. artigo 93 do Decreto-Lei nº 200/1967.

³²⁸ Cf. capítulo XII, artigo 50, §1º da Lei nº 9.784/1999.

fiscalizá-lo melhor. Se o controle político do orçamento inicia-se desde a sua elaboração e é desempenhado, essencialmente, pelo Parlamento, após, quando é executado e avaliado, o controle ganha novos contornos. Há a inclusão de outros agentes fiscalizadores que direcionam o tema para além da arena política. Contudo, a qualidade do controle a ser desenvolvido, em qualquer etapa do ciclo orçamentário, depende diretamente do grau de transparência disponível. É preciso desenvolver, com qualidade, cada vez mais freios e contrapesos ao exercício do poder.

Interessante que o controle social, pertinente de ser desenvolvido em todas as fases que englobam o processo orçamentário, influenciou uma forma alternativa, mas não excludente ao modelo vigente, de orçamento. Trata-se do orçamento participativo. O orçamento participativo pretende conferir maior protagonismo ao cidadão durante o ciclo orçamentário, na medida em que promove uma participação mais ativa da população no processo que gira em torno da elaboração orçamentária, das decisões políticas e das suas execuções. Tem como pressuposto a ideia de que, por estar mais próximo das necessidades sociais, o cidadão tem mais condições de escolher o problema a ser objeto da intervenção estatal e pensar nas suas possíveis soluções. E, em razão da escassez dos recursos públicos, a participação da população na definição das suas próprias prioridades pode ser mais acertada, uma vez que tende a focar nos pontos essenciais da comunidade. Nesse sentido, o orçamento participativo pode ser um mecanismo capaz de aliar as decisões técnico-governamentais, conectando-as ainda mais com a realidade.

No campo operacional, as reuniões entre o Executivo e a comunidade ocorrem através de audiências públicas. Por outro lado, não há prejuízo à participação do Poder Legislativo, uma vez que os resultados dessas audiências são condensados no projeto da lei orçamentária, a qual é submetida, regularmente, à Casa Legislativa.

Mas, apesar da vantagem de fomentar o exercício da cidadania, aproximando os indivíduos para juntos pensarem em dirimir as demandas coletivas e assumirem a responsabilidade sobre a gestão dos recursos financeiros, a implementação do orçamento participativo em estados e municípios brasileiros encontrou dificuldades práticas³²⁹.

A primeira constatação foi no sentido de que nem todos os grupos tiveram facilidade em compreender as informações orçamentárias e as suas complexidades e, com isso,

³²⁹ A primeira capital a implantar o orçamento participativo foi Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul.

participar ativamente do processo. A segunda constatação é de que o orçamento participativo não se encontra blindado. Há possibilidade de haver manipulações por meio de grupos organizados, bem como de ocorrer práticas corruptas. Os interesses das minorias também podem ser escanteados³³⁰. Por fim, as elaborações das peças orçamentárias tornaram-se mais difíceis e demoradas, principalmente nos estados da federação e em municípios de maior envergadura populacional.

Essas dificuldades que, na realidade, não deixam de ser verdadeiros desafios, não podem ser renegadas da análise da ferramenta. E, perpassam pela necessidade de escutar um número significativo de pessoas, para que os seus anseios sociais mais prementes sejam representados; de municiar os cidadãos com informações mínimas e fazê-los compreender as complexidades existentes em torno do orçamento, para que as suas decisões sejam livres e conscientes; de transpor as assimetrias ou, até mesmo, os défices de informação e de promover o consenso público.

Sem o enfrentamento desses pontos, dificilmente será possível instrumentalizar, com sucesso, a participação popular no exercício do orçamento participativo. A depender do nível de engajamento e de organização comunitária a experiência será mais ou menos exitosa. Como possibilidade de fomento à participação democrática tem-se a realização de múltiplos debates públicos entre diversos segmentos sociais, no máximo de plataformas de comunicação disponíveis. Nesse processo de capacitação e de deliberação consensual, além das discussões orientadas por funcionários experientes nas instalações públicas, merece destaque o papel desempenhado pelo jornalismo cívico e pelas universidades na interação com os cidadãos. Com isso, a população se sente mais à vontade para se envolver, fortalecendo-se a cidadania ativa. A partir dessas iniciativas, conselhos e colegiados comunitários podem se desenvolver com maior autonomia e contribuir com mais qualidade na gestão financeira estatal.

Para além do orçamento participativo, que pode ser utilizado, em complemento, a qualquer modalidade orçamentária, outras ferramentas de participação política pelos indivíduos também podem ser aplicadas no ciclo orçamentário. Por intermédio da via

³³⁰ Nesse sentido, ADILSON ABREU DALLARI (*Orçamento impositivo*, op. cit., p. 321) alerta para o risco de manipulação do processo. Para o autor, os grupos mais ativos e organizados, ainda que minoritários, podem controlar o processo de consulta e, por via de consequência, impor as suas escolhas à coletividade. De igual forma, RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 127 e JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 273/284. Ainda sobre o instituto do orçamento participativo, ver SERGIO MENDES, *Administração Financeira e Orçamentária*, op. cit., p. 201/202 e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 358/361.

legislativa, a população pode participar através de referendos e plebiscitos. Nessa conformidade, ressalta-se a experiência americana de consulta popular no âmbito tributário, a qual produz reflexos na gestão financeira estatal³³¹.

Com efeito, ouvir mais proximamente as pessoas expande os horizontes dos administradores na gestão pública. Amplia a transparência, atrela os laços entre gestores e administrados e desenvolve o controle social. Não por acaso a Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção encontra-se repleta de referências ao princípio da transparência³³². Trata-se de uma providência que serve, indubitavelmente, ao propósito da cidadania, independentemente de quem ocupar o poder político.

3.5 Da responsabilidade do agente público

Segundo o pensador norte americano Ralph Waldo Emerson, toda ação tem como ancestral um pensamento³³³. E, embora a moralidade seja um antecedente ético a ser alcançado por todos em uma comunidade, fato é que, na prática, os comportamentos nem sempre refletem esse ideal. Ao analisar a relação existente entre os pensamentos, as atitudes do ser humano e as suas coerências intrínsecas e extrínsecas, percebe-se que os pensamentos privados interferem nos comportamentos sociais e vice-versa.

Não é raro notar a existência de uma lei válida e, portanto, dotada de coercibilidade, que mesmo que tenha sido criada com o objetivo de melhor atender as necessidades da sociedade e que seja efetivamente útil para a sua solução, não encontra aceitação social. Exemplo disso é a Lei nº 12.009/2009 que regulamenta o exercício da atividade dos profissionais denominados mototaxistas³³⁴. Dentre as determinações legais, são exigidos dos

³³¹ Em defesa das ferramentas deliberativas populares, ver RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 125; FRANCISCO PEDRO JUCÁ, *Finanças Públicas e Democracia*, Ed. Atlas, São Paulo, 2013, p. 37/38 e ANTONIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. 01, op. cit. p. 413. Alertando para o risco de ocorrência de “populismos fáceis”, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, op. cit., p. 301.

³³² Cf. TOBY MENDEL (*Liberdade de informação: um estudo de direito*, op. cit., p. 24/25). A Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, em vigor desde 14 de dezembro de 2005, dispõe, em seu artigo 10, que cada Estado-parte deverá tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua gestão pública. Tais medidas poderão incluir a adoção de procedimentos que permitam ao público em geral obter, conforme o caso, informações sobre a organização, o funcionamento e o processo decisório da sua Administração, com a devida consideração da proteção da privacidade e dos dados pessoais que digam respeito aos indivíduos.

³³³ Cf. RALPH WALDO EMERSON, *Ensaio*, Ed. Martin Claret, São Paulo, 2003, p. 34.

³³⁴ No Brasil, as atividades de mototaxista correspondem ao transporte de bens e de passageiros realizadas por profissionais que se utilizam de motocicletas, ao invés de automóveis.

profissionais a idade mínima de 21 anos, habilitação com pelo menos 02 (dois) anos na categoria e o uso de vestimentas com dispositivos retrorrefletivos. Apesar da preocupação do legislador com a segurança dos mototaxistas e dos passageiros, o referido diploma legal, datado de 2009, não tem sido cumprido à risca até os dias atuais, principalmente nas cidades do interior do país. E as causas são inúmeras, tais como resistência das pessoas em assimilar a importância e a necessidade das novas medidas, uma vez que estão acostumadas a uma situação pretérita, menos exigente; dificuldades econômicas dos envolvidos, que não querem ter novos custos para exercerem uma atividade ou para se utilizarem dos mesmos serviços de outrora, mais baratos e falta de recursos para a efetiva fiscalização, através dos agentes públicos.

A verdade é que a adoção de comportamentos éticos pela sociedade, assim como a eficácia social de uma norma depende de consistência e de consenso coletivo. Porém, para conduzir o comportamento público mediante persuasão, é preciso, primeiramente, examinar as atitudes das pessoas em relação às práticas específicas, nos meios aos quais estejam inseridas³³⁵. E, em seguida e se necessário, mudar os seus corações e mentes³³⁶. Os caminhos possíveis para que mudanças comportamentais sejam trilhadas são inúmeros e multidisciplinares. Perpassa pela psicologia social, pela filosofia, pela ciência política, pela sociologia e chega até o direito. Não se pode depositar em uma única ciência a solução mágica para sanar incongruências sistêmicas, provocadas por comportamentos humanos que são, por essência, repleto de variáveis, conscientes e inconscientes. É preciso um exame multifacetado, mais profundo e complementar entre as ciências humanas. Somente a partir disso, devem ser definidas as estratégias de abordagem e disciplinadas as regras do jogo em comunidade.

Com efeito, a vida em sociedade pressupõe regras, não necessariamente jurídicas, de convivência. Quanto mais claras, objetivas e próximas dos comportamentos medianos essas

³³⁵ O psicólogo norte americano DAVID F. MYERS (*Psicologia Social*, op. cit., p. 116/117) faz uma correlação entre as ações humanas e o jogo de beisebol. Para ele, prever as atitudes das pessoas é como prever a tacada de um jogador de beisebol. Depende de inúmeros fatores. No beisebol, qualquer virada de taco pelo rebatedor e a forma como a bola foi arremessada pelo lançador interfere no resultado final. Contudo, por mais difícil que seja a previsão, conhecer os jogadores é essencial, pois permite obter uma previsibilidade média. Segundo os seus estudos, os efeitos de uma atitude se tornam mais notórios quando se considera o comportamento agregado ou mediano.

³³⁶ Para NIKLAS LUHMANN (*Sociologia do Direito II*, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1985, p. 80), a sustentação social do direito depende de motivações e de relacionamentos baseados na troca. Para se operar no limite do permitido na aplicação do direito, Niklas Luhmann entende ser necessário obter o consenso dos atores imediatos.

regras forem, mais chances haverá de serem anuídas pela população. O problema surge quando o comportamento agregado não reflete a conduta moral e ética almejada. Como exigir dos representantes eleitos e de todos os indivíduos por eles representados, o cumprimento de uma pauta de valores considerada desimportante e, portanto, não respeitada por muitos? Como refazer as bases desse quebra-cabeça social? Nesse caso, entra em cena um referencial indutor de comportamento, objeto de estudo em diversas áreas do conhecimento humano: o exemplo e a sua importância na condução das ações individuais e sociais.

Uma experiência prática demonstra bem essa realidade. Uma reportagem do Jornal O Globo revelou que o sucesso de atletas na Olimpíada inspirou novas gerações³³⁷. Segundo a matéria jornalística, durante os jogos olímpicos realizados no país, verificou-se entre as crianças, principalmente entre os infantes moradores de comunidades cariocas, um aumento dos seus desejos de, no futuro, também se transformarem em atletas e, assim, reproduzirem os êxitos dos atuais campeões. Tal fenômeno não é de difícil compreensão. As inspirações provêm, não raras vezes, dos exemplos. No caso em tela, sonhar em ser atleta pode ser uma das poucas aspirações a que ousam as crianças brasileiras de baixa renda, uma vez que, infelizmente, possuem pequenas expectativas de terem as suas condições sociais modificadas por meio de mecanismos, como a educação, ou através de oportunidades formais no mercado de trabalho. Afinal, não é essa realidade que elas vislumbram em seus lares, com seus pais e familiares. O sentimento de abandono e estagnação é grande e interfere na autoconfiança delas. Ao olharem para os atletas olímpicos, essas crianças veem uma saída para um ciclo de pobreza presente em diversas dimensões das suas vidas. A figura do exemplo fica ainda mais marcante, quando observam que muitos desses esportistas tiveram um passado de restrição financeira, tal como elas. Por essas razões, essas crianças se dispõem, mais abertamente, a executarem atividades desportivas e recreativas. As suas esperanças renascem através do esporte, ainda que as chances reais de sucesso sejam relativamente pequenas e dependam, em grande medida, do talento individual. Porém, não se pode ignorar que o cenário é propício para a realização de um planejamento com maior abrangência. A Administração Pública pode aproveitar a disponibilidade demonstrada pelas crianças à temática esportiva para atrelar, com maior engajamento, o esporte ao sistema educacional como um tudo, utilizando-o como um chamariz para aproximar a criança da escola. Logo, a partir de um exemplo pretendido pelos alunos, políticas públicas podem ser (re)construídas e ou (re)direcionadas pela Administração.

³³⁷ Disponível em: <<http://www.google.com.br/amp/s/oglobo.globo.com.br/esportes/sucesso-de-atletas-na-olimpiada-inspira-novas-geracoes>>. Acesso em: 10.05.2018.

Tais considerações demonstram que atitudes podem ser modificadas por meio de diferentes frentes. Quando bons exemplos se multiplicam e são divulgados, as crenças das pessoas em relação a si próprias e em relação aos demais indivíduos se alteram positivamente, ainda que de forma paulatina.

Mas não é só isso. A busca pela coerência ética entre caráter e conduta, entre o que somos e o que fazemos depende, essencialmente, da autoconsciência dos cidadãos e da maturação das reformas pretendidas na cultura de um povo. No entanto, nesse processo, o Estado tem um importante papel a cumprir. Primeiro o de assegurar a cada cidadão condições mínimas educacionais e culturais que permita a ele exprimir as suas próprias opiniões de forma livre, ter consciência das consequências dos seus atos e de agir conforme os seus entendimentos. Em segundo lugar, o de proceder, por meio dos seus agentes públicos, de acordo com os padrões legais e os valores postos na ordem jurídica. E, em terceiro, o de exigir que os cidadãos também o façam. Isso porque o comportamento eticamente defensável nem sempre é atingido racionalmente por todas as pessoas, inclusive pelos próprios administradores, no exercício da gestão pública. Nessas hipóteses, a importância do exemplo se revela presente, mas sob outro viés. Pode ser que o sistema necessite dispô-lo por meio de sanções legais para impedir que práticas violadoras de padrões éticos ocorram³³⁸. Nesse campo, a ciência jurídica tem muitas contribuições a dar.

Outra situação concreta é capaz de demonstrar a problemática apontada. O comércio de produtos ilegais, vulgarmente denominados “piratas” prolifera no mundo. E, no Brasil, não é diferente. Ainda que todos tenham consciência da origem ilegal desses bens, os seus consumos permanecem, sob o pretexto de que os produtos originais são muito caros e, principalmente, pelo fato de se tratar de um comportamento repetido por muitos. A situação é paradoxal no país, pois apesar de existir um tipo penal específico para aquele que adquire, dolosamente, bem móvel, de origem ilícita³³⁹, as pessoas que os adquirem não se sentem na condição de criminosas. E isto por um motivo muito simples. As suas condutas encontram permissividade social, ainda que produzam uma cadeia sucessiva de ilegalidades que

³³⁸ Cf. PETER SINGER, *Ética Prática*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 352/353. Nesse sentido, NIKLAS LUHMANN (*Sociologia do Direito I*, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983, p. 07) afirma que a convivência social deve se sujeitar a regras normativas, que pretendem ser coercitivas, de forma suficientemente efetiva. Para ele, sempre é imprescindível um mínimo de orientação através do direito, ainda que varie o grau de explicitação das normas e a sua efetividade em termos de determinação comportamental. Sobre a importância de se alterar padrões comportamentais para a construção de um padrão ético social, inclusive, mas não somente por meio do direito, ver REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 249.

³³⁹ Cf. artigo 180, caput, §1º e §2º do Código Penal.

impactam direta e indiretamente na vida de todos os cidadãos. Afinal, para a mercadoria chegar até as mãos do comprador, o bem foi produzido sem o repasse tributário para o Estado e, certamente, sem assegurar aos trabalhadores envolvidos os direitos que deveriam a eles serem garantidos, em uma relação formal de trabalho. ganhando menos, o trabalhador informal precisa ainda mais dos serviços estatais. Com a diminuição da sua arrecadação, o Governo tem menos recursos para prestar serviços públicos, inclusive no setor de segurança. De outro giro, o mercado de produtos ilícitos necessita assegurar a sua obscuridade e para tanto não se intimida em produzir novas e sucessivas ilegalidades, como a lavagem dos seus capitais. Isso sem falar na violação de direitos autorais e nos prejuízos provocados às empresas que, ao venderem quantidades menores das suas mercadorias originais, contratam menos mão de obra. Está-se a tratar de um ciclo nada virtuoso. Para quebrá-lo, além do processo fundamental de conscientização social e de responsabilização moral, é preciso avançar. É preciso punir os envolvidos, na proporção das suas participações, através de normas de caráter sancionador que servirão de exemplo a todos que intencionarem cometer condutas semelhantes.

As regras do jogo devem ser estabelecidas previamente, de forma clara e perene. Todos devem conhecer os seus atores, os movimentos admissíveis e os proibidos, bem como as normas que o regulam. A partir disso, cabe ao indivíduo decidir qual exemplo pretende seguir e assumir as consequências das ações e das omissões praticadas. É claro que essa decisão levará em consideração os incentivos positivos e negativos conferidos ao ato desviante. A probabilidade de serem descobertos e efetivamente punidos interfere diretamente no processo da escolha individual. As decisões individuais, consideradas em grande escala, interferem no comportamento coletivo e na eficácia social das normas. Por sua vez, as atitudes sociais influenciam as ações dos indivíduos. Trata-se de uma relação dinâmica e interdependente, de interação mútua.

As considerações acima podem ser transpostas para o campo político-orçamentário. No entanto, aqui, o exemplo ético a ser dado pelos agentes públicos revela-se ainda mais importante. A moralidade é um componente indispensável à administração financeira e, portanto, deve integrar tanto as ações individuais como as decisões coletivas tomadas pelos representantes do Estado. Isso porque se está a falar do sistema orçamental! Do instrumento propulsor da máquina estatal, o qual é repleto de regramentos e de partilha de poderes entre o Governo e o Parlamento, que necessitam funcionar como um todo, de forma coerente. A

grande diferença em relação às demais situações acima explicitadas é que as coordenadas orçamentárias são extraídas diretamente do texto constitucional e os seus descumprimentos geram rupturas institucionais capazes de comprometer o próprio funcionamento do Estado³⁴⁰. Dessa feita, violações às regras constitucionais do orçamento necessitam de consequências compatíveis às suas gravidades. Para combater as irregularidades orçamentárias e o abuso do poder político a efetiva responsabilização do agente público constitui uma ferramenta inibitória e, quando necessária, repressora de máxima importância.

Ao agente público recai o encargo de gerir recursos alheios, arrecadados da população, pelo Estado. Sobre ele pende deveres jurídicos bem definidos. Afinal, constitui obrigação do Governo, através dos seus agentes, administrar, por meio de práticas lícitas, legítimas e econômicas, o erário público, desde a elaboração do planejamento governamental até a execução e a avaliação das programações nele contidas. Assim, a ideia de responsabilização provém da própria noção de democracia, da ideia de representatividade de interesses de terceiros e do dever de fazê-lo com zelo e boa-fé, conforme as regras constitucionais postas, em prol do interesse público.

Ocorre que, na prática, nem sempre o componente ético integra as intenções e as atitudes dos agentes públicos. E isso se torna um grave problema na medida em que as infidelidades e os desvios não são expostos, de forma voluntária, à comunidade. Quem, ao assumir as suas funções, declara diretamente aos seus representados o seu interesse de se apropriar do dinheiro público? Quem, ao executar suas ações informa a utilização de vantagens inerentes ao cargo para atender apenas e tão somente os seus objetivos pessoais? Trata-se de pensamentos, interesses e práticas ocultas, realizadas nos bastidores, distantes dos olhos e do julgamento da mídia e do público em geral³⁴¹. A repressão desse fenômeno não

³⁴⁰ Cf. NORBERTO BOBBIO, *O futuro da democracia*, op. cit., p. 68/69. Para o doutrinador, as regras do jogo político, os seus atores e os movimentos compõem um todo único. Como consequência, não se deve negar as regras postas. Isso até pode ocorrer, mas “desde que se esteja consciente de que se está saltando pela janela e não saindo pela porta”. Ao tratar das construções políticas e da lei fundamental de um Estado, THOMAS HOBBS (*Leviatã*, op. cit., p. 174) entende que o seu descumprimento dissolve o Estado, como um edifício em que os alicerces se arruinam. Para o doutrinador, a lei fundamental deve ser seguida por todos, independentemente do poder que ela sustenta, seja ele uma monarquia, seja uma assembleia soberana. Sem a lei fundamental, o Estado não pode persistir.

³⁴¹ Para NICOLAU MAQUIAVEL (*O Príncipe*, op. cit., p. 102/103), nem sempre as palavras dadas pelos príncipes são mantidas, sendo comuns as infidelidades. Em seus termos: “aquele que com mais perfeição souber agir como a raposa, sair-se-á melhor. Mas é necessário saber bem disfarçar esta qualidade e ser grande simulador: tão simples são os homens e de tal forma cedem às necessidades presentes, que aquele que engana sempre encontrará quem se deixe enganar”. Ao tratar da democracia e do poder invisível, NORBERTO BOBBIO (*O futuro da democracia*, op. cit., p. 91/92) expõe que o momento em que nasce o escândalo é quando se publica um ato ou uma série de atos que não podiam ser tornados públicos, uma vez que não podiam sequer ser

pode prescindir do princípio da transparência e dos seus corolários diretos, quais sejam os princípios da probidade, da motivação, da publicidade e da participação popular. E mais. Não pode dispensar dos mecanismos de responsabilização. O ordenamento necessita de meios punitivos para sancionar os autores de ações ou omissões lesivas às normas vigentes, instituídas justamente para assegurar direitos, liberdades e garantias. Sem dispor de consequências para atitudes que violem essas normas, não há efetivo controle do poder, não há Estado de Direito.

De forma metafórica, a gestão transparente simboliza um escudo contra a malversação e a corrupção. Sem transparência, dificilmente haverá responsabilização. De outro giro, sem responsabilização dificilmente se formam os exemplos, se mudam os comportamentos e se constroem consensos sociais consistentes. Se o sistema não contiver ferramentas para punir os comportamentos desviantes, de nada adianta prever um ciclo orçamental composto por diferentes e complexas fases. O jogo político do orçamento público tem regras que precisam ser cumpridas. E os seus desatendimentos devem ser penalizados. Quando as sanções estão ausentes do ordenamento ou não são efetivamente aplicadas, enfraquece-se a própria concepção de dever estatal³⁴². Sem responsabilização, impera-se a anarquia institucional. E nesse caso, a desordem se reflete não apenas na gestão pública, como na sociedade, nos pensamentos e nas atitudes individuais e coletivas dos seus integrantes.

Logo, a responsabilização dos agentes públicos por violações orçamentárias é indispensável para a sobrevivência do Estado. O cometimento de condutas ilícitas no campo orçamentário produz impactos negativos à credibilidade do sistema, além de altos custos para a comunidade. Afinal, a viabilização dos direitos fundamentais depende da saúde financeira do Estado. Se há escassez de recursos públicos, as suas más utilizações comprometem ainda mais a concretização dos direitos fundamentais, principalmente aqueles de natureza prestacional. Trata-se de um atentado contra a ordem jurídica, que compromete a justiça distributiva e o próprio Estado Democrático de Direito. Para coibir atos desviantes às normas orçamentárias é preciso que haja coordenação de ações, inclusive na esfera repressora. São

executados. Por esse motivo, ações relacionadas à malversação e à corrupção são mantidas em segredo. Outro não é o entendimento de EMERSON GARCIA, *A corrupção. Uma visão Jurídico-Sociológica*, op. cit., p. 211.

³⁴² Cf. EMERSON GARCIA, *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*, op. cit., p. 215. Para THOMAS HOBBS (*Leviatã*, op. cit., p. 187), é da natureza das penas ter por finalidade incutir aos homens a necessidade de obediências às leis. Contudo, segundo o doutrinador, esse fim não será atingido se o benefício da transgressão for maior do que o prejuízo da sanção a ser aplicada. Sobre a temática, PAULO OTERO (*Direito Constitucional Português*, vol. II, Ed. Almedina, Coimbra, 2010, p. 33/34) sustenta que o princípio da responsabilização constitui a primeira e última garantia do Estado Democrático de Direito. O doutrinador ainda aponta que ao longo da história a questão da responsabilização dos governantes sempre existiu.

necessárias respostas efetivas aos comportamentos contrários à escorreita gestão da coisa pública. É preciso transmitir a mensagem à população de que as regras do jogo são indistintas a todos os seus jogadores. Que o único comportamento permitido aos administradores públicos é aquele baseado em práticas lícitas, legítimas e econômicas, voltadas ao interesse público. Não há dúvidas de que o dever da boa administração financeira do Estado deve ser controlado, pois constitui verdadeiramente uma obrigação do agente público e não uma mera indicação desprovida de consequências políticas e jurídicas.

Assim, quando se fala em controle e responsabilização, o que se almeja é avaliar a conformidade das condutas governamentais ao ordenamento jurídico, sob os aspectos formais materiais, nos termos dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. O seu foco é retrospectivo e visa propor ações corretivas, inclusive de caráter punitivo, através da aplicação das sanções necessárias. Nessa conformidade, os cometimentos de atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos ensejam a responsabilização do agente público em uma tríplice vertente, a saber: responsabilidade política, responsabilidade civil e responsabilidade penal.

Por ato ilegal entendem-se aquele cometido pelos agentes públicos em desacordo ou, até mesmo, sem previsão legal que o subsidie. De outro lado, o controle do ato administrativo financeiro não se dá apenas formalmente. Os atos praticados pelos servidores e ocupantes de mandatos eletivos devem buscar a valorização da dignidade da pessoa humana, o respeito pela probidade e a edificação de uma sociedade justa e solidária. Não são aceitos transmutações de índole negligente ou deletéria. A ação governamental precisa ser conduzida de forma prudente e sensata, baseada na boa-fé e na ideia de agir corretamente. Ademais, as condutas dos agentes também necessitam otimizar as atividades administrativas, ou seja, buscar soluções eficientes, eficazes e econômicas, inexistindo espaço para desperdícios e/ou desvios de recursos. Quando a gestão orçamentária não respeita os nortes estabelecidos de antemão pelo Legislador Constituinte é preciso fazer uso dos mecanismos punitivos previstos no sistema, a fim de que haja a responsabilidade do gestor faltoso.

A responsabilidade política é a primeira das possibilidades e se relaciona aos agentes públicos ocupantes de mandatos eletivos. A sua ocorrência é periódica, durante os pleitos eleitorais. Trata-se de um controle social, em que há a análise valorativa das ações dos representantes eleitos pelos seus respectivos eleitores. O seu êxito depende, em grande medida, do grau de cidadania e do amadurecimento democrático da nação. Em que pese a sua importância vital ao regime democrático, não se pode desconsiderar que as deficiências no

processo de participação popular impactam diretamente na efetividade da responsabilidade política do agente.

Para além da avaliação político-eleitoral, há, ainda, a possibilidade de aplicação de sanções políticas por comportamentos atentatórios às leis orçamentárias, tais como a concretização de gastos não previstos nos créditos orçamentários ou que ultrapassem os limites máximos das dotações, em situações em que não haja a abertura regular de créditos adicionais. Nas hipóteses dos denominados crimes de responsabilidade, o julgamento do Chefe do Poder Executivo é feito pelo Parlamento, em um processo de conteúdo político-administrativo³⁴³. O procedimento de apuração é instaurado após o recebimento da acusação pelos Deputados Federais, por meio da votação de 2/3 (dois terços) dos seus membros. E, em que pese à admissibilidade do processo político ser feito na Câmara dos Deputados, o seu julgamento ocorre no Senado Federal e é comandado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. Após o início do feito, o Presidente da República é afastado do seu mandato por 180 (cento e oitenta) dias. Em caso de condenação, as sanções englobam a perda do cargo e a inelegibilidade pelo período de 08 (oito) anos.

Trata-se de uma forma de responsabilização essencial ao modelo de Estado Democrático de Direito³⁴⁴. Por seu intermédio, há possibilidade de que ações e/ou omissões dos governantes, inclusive as atentatórias às regras orçamentárias, sejam julgadas por outro órgão político, qual seja o Parlamento. Nesse caso, os legisladores terão oportunidade de apreciar as decisões da Administração e aprová-las ou não. E, em havendo a desaprovação, adotar as providências necessárias decorrentes, como a instauração de um processo político de cassação do mandato eletivo, denominado *impeachment*³⁴⁵, nos casos de cometimento de crimes de responsabilidade por parte do Chefe do Poder Executivo.

No trabalho de controle, o Congresso Nacional é auxiliado externamente pelo Tribunal de Contas³⁴⁶ que lhe apresenta relatórios, pareceres e decisões sobre as contas

³⁴³ Cf. artigo 85 da Constituição Federal de 1988.

³⁴⁴ Cf. PEDRO LOMBA, *Teoria da Responsabilidade Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 24/25. Ver também PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. II, op. cit., p. 33/35.

³⁴⁵ Cf. Lei nº 1.079/1950. Em relação aos prefeitos, ver também o Decreto-Lei nº 201/1967.

³⁴⁶ A respeito da temática, ver ANA CARLA BLIACHERIENE, RENATO JORGE BROWN RIBEIRO, “Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1209/1233 e KYIOSHI HARADA, “Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas. Controle Interno, controle externo e controle social do orçamento”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1255/1273.

públicas dos gestores e de qualquer pessoa, física ou jurídica, que utilize, arrecade e/ou administre dinheiro e bens públicos. Além da atividade de assessoramento, o Tribunal de Contas possui outras atribuições, sendo-lhe cabível a aplicação das sanções previstas em lei, inclusive de caráter indenizatório e multa pessoal aos responsáveis por ilegalidades de despesas ou por irregularidades de contas³⁴⁷. Trata-se de um órgão independente, com funções administrativas, de relevante importância para o desenvolvimento da democracia social e participativa. De acordo com o texto constitucional, o Tribunal de Contas é responsável por catalisar denúncias atinentes às ilegalidades e às irregularidades praticadas pelo Poder Público, sendo que qualquer cidadão, partido político, sindicato ou associação poderá a ele comunicar denúncias dessa natureza³⁴⁸. Nessa conformidade, o controle popular encontra no Tribunal de Contas um importante parceiro no processo de fiscalização. Para o exercício dessa fundamental missão, o Legislador Constituinte conferiu aos membros do Tribunal de Contas prerrogativas capazes de assegurar a sua autonomia no exercício das suas atividades. De forma expressa, destinaram-se aos Ministros do Tribunal de Contas as mesmas garantias, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Os 09 (nove) Ministros que integram o Tribunal de Contas da União são nomeados entre os brasileiros que possuam mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 60 (sessenta) anos de idade; com idoneidade moral e reputação ilibada; que sejam dotados de notórios conhecimentos técnicos e experiência de mais de 10 (dez) anos no exercício de função ou atividade profissional que contemple conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros e de administração pública³⁴⁹. Além disso, o órgão conta com auditores e representação do Ministério Público.

As suas atribuições compreendem, em breve resumo, o auxílio ao Congresso Nacional, a fiscalização de atos e contratos administrativos e o julgamento administrativo das contas públicas, que deverão ser encaminhadas pelos gestores, anualmente. No curso dos processos de análise de contas, o responsável poderá ser afastado cautelarmente, por determinação de ofício do Tribunal de Contas ou por requerimento do Ministério Público, desde que a sua permanência no cargo comprometa os trabalhos de investigação, inviabilize a possibilidade de futuro ressarcimento ou provoque riscos de reiteração dos atos ilícitos. No final dos julgamentos, os gestores que tiverem as suas contas rejeitadas serão condenados ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescidos dos juros de mora, existindo

³⁴⁷ Cf. artigo 71, incisos I a XI da Constituição Federal de 1988.

³⁴⁸ Cf. artigo 74, §2º da Constituição Federal de 1988.

³⁴⁹ Cf. artigo 74, incisos I a IV da Constituição Federal de 1988.

débito, bem como terão os seus nomes incluídos no cadastro de contas julgadas irregulares mantidas pelo Tribunal de Contas. Ademais, com o trânsito em julgado da decisão administrativa proferida pelo órgão, os Chefes do Poder Executivo poderão ficar impossibilitados de candidatar-se a mandatos eletivos, pelo prazo de 05 (cinco) anos e de exercerem cargos em comissão ou funções de confiança pelo prazo de 05 (cinco) a 08 (oito) anos, sendo as suas condenações comunicadas à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público para ciência e adoção das providências pertinentes, nas esferas eleitoral, civil e criminal.

Em paralelo ao controle externo, os gestores dispõem, ainda, das controladorias internas, que os auxiliam na autotutela da legalidade, da legitimidade e da economicidade. O objetivo principal dessa forma de controle é acompanhar a regularidade da execução orçamentária e avaliar os seus resultados. Nesse processo de acompanhamento, recaem às controladorias as atribuições para assessorar os gestores e demais agentes, a fim de evitar o cometimento de ilícitos e irregularidades. Entretanto, se o trabalho preventivo não for exitoso e tais atos terminarem por serem praticados pelos administradores, as controladorias internas podem exercer funções de caráter correccional, inclusive com a responsabilização pessoal dos seus autores. Trata-se de um controle complementar ao desempenhado externamente, mas não menos importante. Interessante ressaltar que justamente para conferir efetividade ao controle interno, o Legislador Constituinte determinou que, ao tomarem conhecimento de qualquer ilegalidade ou irregularidade, os seus responsáveis devem comunicar o Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária pelos atos desviantes³⁵⁰.

Por sua vez, a responsabilidade civil corresponde a mais um vértice do sistema punitivo brasileiro. O fundamento da responsabilidade civil do agente provém da Constituição Federal ao determinar que os administradores atuem em respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência³⁵¹. Do texto constitucional também se extrai que o cometimento de atos de improbidade administrativa resulta na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento do erário³⁵². Por fim, a Constituição Federal prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos são responsabilizadas por danos que seus agentes, no exercício das funções, cometerem, garantindo-se, todavia, o direito regressivo contra o autor dos atos comissivos ou omissivos, nas hipóteses de dolo ou

³⁵⁰ Cf. artigo 74, § 1º da Constituição Federal de 1988.

³⁵¹ Cf. artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

³⁵² Cf. artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988.

culpa³⁵³. Como se verifica, para além da possibilidade de ressarcimento dos danos provocados pelos agentes no exercício das suas funções, o ordenamento jurídico brasileiro também incluiu, no campo da responsabilização civil, a incidência de sanções diretamente aos autores que cometerem atos violadores da probidade administrativa.

Os atos de improbidade administrativa foram regulamentados, no Brasil, através da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992. Para efeitos dessa lei são considerados agentes públicos aqueles que exercem, ainda que provisoriamente e sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, Municípios, Distrito Federal, em empresas incorporadas ao patrimônio público ou em entidades para cuja criação ou custeio, recursos públicos tenham sido empregados com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual³⁵⁴. No rol dos agentes públicos passíveis do cometimento de atos de improbidade administrativo incluem-se os agentes políticos, ocupantes de mandatos eletivos. De outro lado, constituem atos de improbidade administrativa as ações comissivas e omissivas que ocasionem enriquecimento ilícito; prejuízo ao erário; aplicações indevidas de benefícios financeiros e tributários e violações aos princípios da Administração Pública³⁵⁵. Para os seus cometimentos, o agente público deve agir com dolo, ou seja, com intenção livre e consciente à prática ímproba. A exceção à regra é verificada nos atos que causam prejuízo ao erário público. Nessa modalidade, a responsabilização do agente ocorre também na sua modalidade culposa.

Tais atos prescrevem em cinco anos contados do término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função em confiança. Nos casos de ilícitos cometidos por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego público, o lapso prescricional corresponde ao tempo disciplinado em leis específicas que tratam das faltas disciplinares puníveis com demissão. E, em relação às entidades para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, o prazo de prescrição será o de cinco anos, contados da data da apresentação das prestações de contas

³⁵³ Cf. artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988.

³⁵⁴ Cf. artigo 1º e artigo 2º da Lei nº 8.429/1992.

³⁵⁵ Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito estão descritos no artigo 9º da Lei nº 8.429/1992. Os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário estão disciplinados no artigo 10, do referido diploma legal. Os atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiros ou tributários estão previstos no artigo 10-A da Lei nº 8.429/1992. E, por fim, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública estão estabelecidos no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992.

final à Administração Pública³⁵⁶. Por fim, embora haja prazo prescricional para as ações de improbidade, ou seja, para a punição dos autores de atos ilícitos, as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, por determinação expressa constitucional³⁵⁷.

É válido destacar o ineditismo da Lei de Improbidade Administrativa em âmbito mundial, ao tratar, já em 1992, do enfrentamento dos atos administrativos corruptos sob um viés civil punitivo e não meramente indenizatório. De fato, o combate a práticas que geram o mau uso deliberado dos recursos públicos para fins privados e a punição pessoal dos seus autores costuma ser feito nos demais países por meio de mecanismos penais e de responsabilização política, mas não civilmente. Essa intervenção do legislador ordinário é derivada da sensibilidade do Legislador Constituinte que tratou diretamente da temática, na Constituição Federal, ao mencionar a possibilidade de punição dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado, com direito de regresso contra os seus autores, e das suas responsabilizações criminais. Trata-se de uma preocupação absolutamente legítima, uma vez que a corrupção, além de denegrir a credibilidade das instituições públicas, corrói as finanças públicas e prejudica o desenvolvimento da nação. Pela importância do combate à corrupção, a Organização dos Estados Americanos - OEA subscreveu, quase quatro anos depois da Lei de Improbidade brasileira, em data de 29 de março de 1996, a “Convenção Interamericana contra a Corrupção³⁵⁸”.

Por fim, a sistemática de responsabilização do agente público é complementada pela responsabilização criminal. O processo e o julgamento das ilegalidades e irregularidades administrativas, dos crimes de responsabilidade e dos atos de improbidade administrativa na seara político-administrativa e civil encontram reforço através do ordenamento jurídico penal,

³⁵⁶ Cf. artigo 23 da Lei nº 8.429/1992.

³⁵⁷ Cf. artigo 37, § 5º da Constituição Federal de 1988. A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário voltou ao debate após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 30.06.2016, no Supremo Tribunal Federal. Com repercussão geral, foi definido o entendimento de que: “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Apesar de o enunciado ser genérico, nos votos dos Ministros restou clara a inaplicabilidade deste posicionamento da Suprema Corte brasileira para as hipóteses relacionadas aos atos de improbidade administrativa e de ilícitos penais que culminem com prejuízos ao erário público. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Teori Zavascki, nos embargos de declaração oferecidos neste mesmo feito.

³⁵⁸ Em seu artigo III (Medidas Preventivas), da “Convenção Interamericana contra a Corrupção”, a Organização dos Estados Americanos disciplinou uma série de medidas de caráter preventivo aos Estados-Membros, dentre as quais a necessidade de criação de mecanismos que tornem efetivo o cumprimento das normas de conduta que se destinem ao correto e adequado cumprimento das funções públicas e do manuseio do erário.

que enuncia como crimes inúmeras condutas atentatórias às finanças públicas³⁵⁹.

Dessa forma, o Código Penal estabeleceu punições para os administradores que ordenem, autorizem ou realizem operações de créditos sem autorização legislativa; ordenem ou autorizem a inscrição em restos a pagar de despesas que não tenham sido anteriormente empenhadas ou que ultrapassem os limites do endividamento público; deixem para o ano seguinte o pagamento de despesas, salvo quando haja recursos em caixa para os seus respectivos adimplementos; que transferiram despesas feitas no último ano de mandato ou legislatura ao sucessor; que aumentem as despesas de pessoal nesse período e que emitam títulos da dívida pública em lei específica e sem registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia, entre outros ilícitos³⁶⁰.

É digno de nota que, apesar da natureza dos delitos em questão, os quais visam tutelar o equilíbrio das contas públicas e, em última *ratio* o próprio funcionamento do Estado, os crimes disciplinados no Capítulo IV, do Código Penal, intitulado “Dos Crimes contra as Finanças Públicas”, fixam, de forma paradoxal, penas reduzidas, desproporcionais à gravidade das condutas nele dispostas. Tanto que todos os delitos admitem a suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos legalmente previstos para o instituto³⁶¹.

Ao se considerar a situação acima exposta, em relação à aquisição de produtos de origem ilícita e compará-la com os delitos contra as finanças públicas se verifica uma visível ausência de razoabilidade no tratamento conferido pelo legislador ordinário. Senão vejamos. Aquele que compra um jogo de vídeo game falsificado, vulgarmente denominado “pirata”, tendo o conhecimento da origem ilícita do bem, pratica o delito de receptação, cuja pena varia de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão³⁶². De outro giro, o gestor que intencionalmente ordena uma despesa não autorizada por lei³⁶³ ou determina, autoriza ou executa ato que acarrete aumento de despesa com total de pessoal, nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura³⁶⁴ pratica crimes cujas penas também variam de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão. Embora se tratem de comportamentos graves e violadores à ordem jurídica, a lesividade provocada por aquele que adquire um jogo de vídeo game

³⁵⁹ Cf. Lei nº 10.028/2000 e Decreto-Lei nº 201/1967.

³⁶⁰ Cf. Capítulo IV do Código Penal, intitulado “Dos Crimes contra as Finanças Públicas”.

³⁶¹ Cf. artigo 89, caput, da Lei nº 9.099/95.

³⁶² Cf. artigo 180, caput, do Código Penal.

³⁶³ Cf. artigo 359-D, caput, do Código Penal.

³⁶⁴ Cf. artigo 359-G, caput, do Código Penal.

falsificado é notoriamente menor do que a provocada por um gestor que decide gastar, sem autorização legislativa, apenas para agradar o seu eleitorado e conquistar a reeleição, ainda que à custa do equilíbrio econômico-financeiro do Estado. Trata-se, portanto, de situações díspares, que não deveriam receber as mesmas sanções. Em assim procedendo, o legislador ordinário amesquinhou as infrações contra as finanças públicas, aplicando aos agentes que cometem condutas delituosas penas absolutamente reduzidas, de pouco potencial inibitório.

Não obstante o quantitativo de pena imposto aos crimes praticados em desfavor das finanças públicas, certo é que a imposição de penalidades de natureza criminal sujeita-se sujeita a uma sistemática própria, dotada de peculiaridades. Os princípios da legalidade e da tipicidade encontram-se presentes. Desse modo, não haverá irregularidades criminais na gestão sem prévia disposição em lei, nem a incidência de penalidades sem anterior cominação legal. As sanções não passarão da pessoa do responsável, extinguindo-se a punibilidade com a sua morte ou com o decurso do lapso prescricional. Ademais, é necessário demonstrar o elemento subjetivo do agente, uma vez que não se admite responsabilidade objetiva nessas modalidades de crimes.

Apesar das múltiplas vertentes de responsabilização dos agentes públicos, a ilicitude na prática orçamentária tem sido significativa e ocupa as capas dos noticiários políticos e econômicos do país. Basta dizer que uma Presidente da República sofreu impeachment após acusações de cometimento de crimes de responsabilidade nessa seara, no ano de 2016, o que será abordado, com maior vagar, em outra passagem, nesta investigação³⁶⁵.

E, embora o combate à corrupção tenha crescido e atingido investigados com diferentes status sociais, fato é que nos pensamentos dos brasileiros ainda vigora a máxima de que a lei não é feita para todos, indistintamente. O entendimento geral é de que a depender da condição social do acusado, as normas podem ou não ser aplicadas. Sob o ponto de vista jurídico e sociológico, os cidadãos interpretam o princípio da igualdade como um direito fundamental que não possui incidência irrestrita. As reiteradas transgressões, sem respectivas sanções servem de maus exemplos e incutem, no pensamento nacional e internacional, sentimentos de frustrações em relação às expectativas normativas.

Sobre o tema é interessante trazer à tona uma investigação realizada pela Transparência Internacional, organização não governamental de combate à corrupção. No ano

³⁶⁵ Cf. item 5.3.1.

de 2018, houve a divulgação do resultado das suas pesquisas realizadas no ano de 2017, a respeito do Índice de Percepção da Corrupção – IPC. O objetivo dos estudos, que já vêm sendo feitos desde 1995, é avaliar a imagem internacional do país, nesse âmbito. A conclusão foi de que a percepção a respeito da prática de corrupção é grande. O Brasil ocupa, atualmente, a 96ª (nonagésima sexta) colocação, a pior desde o início dos experimentos³⁶⁶.

Contudo, recentemente, uma investigação contribuiu, ainda que de forma gradual, para a reversão de pensamentos dessa natureza. Trata-se da investigação denominada “Lava Jato”. Sem adentrar no mérito das ações dos órgãos de controle e dos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário no âmbito dos feitos processuais, uma vez que não se trata do objeto das considerações aqui tecidas, a utilização desse precedente na presente investigação pretende, apenas, demonstrar a importância do exemplo e do funcionamento do sistema para a definição do comportamento social. É claro que as expectativas em relação ao combate à corrupção nos altos escalões do Governo ainda são pequenas. Mas, ao se colocarem nos bancos dos réus, em proporção nunca antes vista, inúmeros agentes públicos, detentores de poder político e econômico, imputando-lhes práticas desviantes ao ordenamento jurídico, inclusive com relevantes impactos orçamentários, a mensagem transmitida à nação é de que as regras do jogo são as mesmas para todos os seus jogadores. De que todos estão sujeitos a terem os seus atos fiscalizados pelos órgãos de controle.

Assim, os princípios da transparência, da *accountability* e da responsabilidade orçamental constituem um conjunto de medidas necessárias para garantir a coerência do sistema orçamentário. O controle crítico do poder, funcionalidade essencial do orçamento público, depende da previsão e do regular funcionamento dessas ferramentas. Sem elas, o ciclo orçamentário perde, em grande medida, o sentido de existir, uma vez que não poderá se desenvolver regularmente. E não só ele. Sem que haja clareza, motivação, prestação das contas públicas e sem a real possibilidade de punição em caso de condutas desviantes, o próprio Estado, aqueles que dele dependem, ou seja, todos nós, além das futuras gerações, ficamos à mercê de ações estatais aleatórias e das consequentes mazelas do arbítrio que dela inevitavelmente decorrem. O impacto negativo disso nos corações e nas mentes dos cidadãos é inestimável e se reflete na participação política e no engajamento dos órgãos de controle. Enfim, um alto preço que o Estado Democrático de Direito não pode, em hipótese alguma,

³⁶⁶ Disponível em: <<http://www.lecnews.com.br/blog/novo-indice-de-percepcao-da-corrupcao-da-transparencia-intenacional-traz-o-brasil-em-92o-sua-pior-posicao-ate-hoje>>. Acesso em: 21.04.2018.

admitir pagar.

3.6 Um olhar crítico sobre o ciclo orçamentário no Brasil

As inúmeras tarefas assumidas pelo Estado brasileiro e as complexidades vivenciadas em um mundo moderno e globalizado influenciaram sobremaneira o orçamento público. Para acompanhar essas mudanças, a peça orçamental passou a ser uma ferramenta dinâmica, com capacidade de planejar as ações estatais a curto, médio e longo prazo.

Como visto, o Brasil adotou o orçamento-programa como um instrumento de aprimoramento da gestão governamental, para direcionar, de forma racional e eficiente, os recursos públicos disponíveis em prol do atendimento das demandas mais prementes da sociedade. Para tal mister, o desenvolvimento do orçamento público se propaga no tempo, para além do exercício financeiro e contém inúmeras fases, contínuas e interdependentes. Essa sequência funcional e temporal de atividades chama-se ciclo orçamentário.

Na fase de elaboração do orçamento, estabelecem-se as diretrizes, os objetivos e as prioridades do Poder Público; identificam-se as estratégias, os meios para os seus cumprimentos; quantificam-se as metas a serem alcançadas e delimitam-se as dotações a serem aplicadas³⁶⁷. Em seguida, implementam-se as decisões tomadas pelo Executivo, devidamente aprovadas pelo Congresso Nacional e, ao final, avalia-se o desempenho da Administração. O ciclo orçamentário deve, ainda, ser realizado com a máxima transparência, para permitir o seu devido acompanhamento e controle pela população e pelas demais instituições responsáveis pela sua fiscalização.

De fato, a concretização dos gastos públicos é resultado de um processo amplo e repleto de peculiaridades, desenvolvido em múltiplas fases e por inúmeros atores, detentores de interesses nem sempre coincidentes. Essas etapas servem justamente para dar ensejo aos

³⁶⁷ Para JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (“*Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas*”, In Cristiana Fortini, Júlio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias (Orgs.), *Políticas Públicas. Possibilidades e Limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 110/111), compreende-se as diretrizes como os pontos elementares que originam as intervenções governamentais. Por estratégias entendem-se os meios mais oportunos e adequados para o cumprimento das metas, ou seja, dos objetivos a serem atingidos. Dentre as metas selecionadas, há a possibilidade de se definir prioridades, ou seja, escolher aquelas que serão atendidas de forma precedente, em relação às demais. Por fim, as ações correspondem à efetiva atuação do Poder Público, através dos seus múltiplos órgãos, para alcançar os seus fins. A este respeito, ver, ainda, MARCIO FERRO CATAPANI, “*A discricionariedade do Poder Executivo na elaboração do projeto de lei orçamentária anual*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 245/266.

mais variados debates de ideias e para a avaliação contínua de todas as decisões governamentais, sem prejuízo dos ajustes que se fizerem necessários durante o seu curso. Portanto, o desenvolvimento orçamentário foi previsto para que, diuturnamente, os objetivos e as prioridades constitucionais escolhidas pelo Governo tenham o seu devido êxito.

Não obstante, o desenvolvimento do orçamento não transcorre bem, no Brasil. Nessa medida, é indispensável questionar os motivos de os serviços públicos continuarem a serem prestados de forma precária e de as escolhas alocativas em execução serem injustificadamente paralisadas ou abandonadas. Não há planejamento? Não se avalia o que deu certo e o que deu errado, após a sua execução? E, se há avaliação, por que não se realizam os devidos reparos?

Provas de que essas disfunções sistêmicas são reais podem ser constatadas, diariamente, nos fóruns e tribunais pátrios. Se tudo funcionasse como previsto, não haveria tantas pessoas recorrendo ao Poder Judiciário para compelir o Estado a cumprir com seus deveres prestacionais, muitos deles com amparo orçamental. Mas, se é assim, a alteração da realidade exige que mudanças profundas sejam propostas e concretizadas. Mais do que nunca se tornou crucial identificar os problemas vivenciados no presente e refletir sobre as experiências pretéritas. Somente dessa maneira os anos vindouros se revelarão mais promissores.

Após discorrer sobre o ciclo orçamentário, alguns problemas recorrentes durante as fases de elaboração, execução e avaliação não nos passaram despercebidos.

No âmbito do planejamento, a primeira dificuldade constatada é a vasta dimensão das necessidades sociais demandantes de uma intervenção estatal. A impressão que se tem é de que a Constituição Federal não “cabe” no orçamento público. De que as demandas dela decorrentes são infinitas e de custeios incompatíveis às arrecadações. Não há como ignorar que o Brasil é um país com desigualdades sociais históricas, marcado pela concentração de renda em mãos de poucos cidadãos, em detrimento de uma maioria, sedenta por prestações estatais em áreas elementares, tais como alimentação³⁶⁸, saneamento básico³⁶⁹, instalação de

³⁶⁸ Em conformidade ao Governo Federal, no ano de 2015, 50 (cinquenta) milhões de brasileiros dependiam do pagamento do Programa Bolsa Família, auxílio fornecido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome no valor mensal, à época, de R\$167,95 (cento e sessenta e sete reais e noventa e cinco centavos), por família. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/noticias/2015/05/bolsa-familia-repassa-R-2-3-bilhoes-para-quase-50-milhoes-de-brasileiros>>. Acesso em: 11.12.2016.

³⁶⁹ Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística- IBGE, em 2017, quase 60% dos municípios brasileiros não possuem Plano Municipal de Saneamento Básico. A região sul possui a maior cobertura, enquanto a região nordeste apresenta os piores índices. Disponível em: <<http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22611-munic->

energia elétrica³⁷⁰, saúde³⁷¹ e moradia³⁷².

Essas necessidades sociais se agravam ainda mais em determinadas regiões do Brasil. Reflexo de um crescimento que não ocorreu de forma proporcional e ordenada. No país, embora os estatutos orçamentários tenham que ser elaborados em observância às diferenças regionais, constata-se que as desigualdades nas suas cinco regiões ainda persistem. A impressão é que existem vários “Brasis” dentro do mesmo território. Não apenas em função das diversidades culturais e étnicas, mas, principalmente, em razão das diferenças na qualidade dos serviços estatais ofertados à comunidade; na quantidade de investimentos públicos promovidos; nos índices de desenvolvimento humano e nos produtos internos brutos produzidos. Chama atenção o fato de que populações do semiárido nordestino pagam para receber água, em suas residências, valores compatíveis às importâncias adimplidas pelos consumidores da região sul. No entanto, ao contrário destes, não usufruem do serviço com regularidade, sendo conhecida, há décadas, a situação crítica vivenciada pela população sertaneja que não dispõe de um elemento essencial para viver, por ausência de investimentos públicos no setor de distribuição de água.

Além das inúmeras e urgentes necessidades sociais e inter-regionais que precisam ser avaliadas e atendidas pela Administração, o que torna o processo mais complexo, outra dificuldade enfrentada refere-se ao próprio planejamento. Planejar custa caro e exige recursos financeiros, humanos e logísticos consideráveis. Ademais, o sistema de planejamento também pressupõe reserva de contingência, exploração concomitante de inúmeras alternativas e

mais-da-metade-dos-municipios-brasileiros-nao-tinha-plano-de-saneamento-basico-em-2017>. Acesso em: 11.12.2016.

³⁷⁰ De acordo com a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no ano de 2000, cerca de 2,4 milhões (dois milhões e quatrocentos mil) brasileiros não dispunham de energia elétrica nos seus domicílios, o que correspondia a aproximadamente 11 (onze) milhões de pessoas. A maioria das residências sem energia elétrica está nas regiões norte e nordeste. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=1116&id_area=90>. Acesso em: 11.12.2016.

³⁷¹ O Instituto Brasileiro de Geografia Estatística- IBGE divulgou, no ano de 2015, que dois terços dos brasileiros dependem do Sistema Único de Saúde. A rede pública foi responsável por 65,7% (sessenta e cinco vírgula sete por cento) das internações com duração igual ou superior ao período de 24hs (vinte e quatro horas), sendo as maiores taxas nas regiões nordeste, com 76,5% (setenta e seis vírgula cinco por cento) e norte com 73,9% (setenta e três vírgula nove por cento). As regiões sul e sudeste possuem os menores índices, com 63,8% (sessenta e três vírgula oito por cento) e 58,8% (cinquenta e oito vírgula oito por cento), respectivamente. Disponível em: <<http://cftpr.org.br/noticias/saiu-na-imprensa-1286-dois-tercos-dos-brasileiros-dependem-dos-sus>>. Acesso em: 11.12.2016.

³⁷² No último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística– IBGE, no ano de 2010, constatou-se que mais de 11 (onze) milhões de brasileiros vivem em favelas e invasões no país. É o equivalente a 6% (seis por cento) da população nacional. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/12/21/mais-de-11-milhoes-vivem-em-favelas-no-brasil-diz-ibge-maioria-esta-na-regiao-sudeste.html>>. Acesso em 11.12.2016.

integração entre equipes multidisciplinares. Tudo com o propósito de diminuir as chances de erros na elaboração orçamentária e de possibilitar a reavaliação das escolhas, de forma célere e eficaz. Afinal, planejamento é um processo sistemático que exige continuidade na formulação de estratégias e na tomada de decisões. A partir dele, programas são executados, em uma relação de avaliação e de controle, a fim de que os ajustes necessários sejam feitos e de que as condutas ilícitas desviantes sejam punidas. Logo, a busca pelas melhores práticas administrativas tem custos. E esses custos não são irrelevantes.

O planejamento não tem sido priorizado no país. As bases de dados contendo estatísticas sobre temas afetos ao planejamento são escassas e nem sempre são atualizadas. Exemplo dessa realidade é a falta de investimentos para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, responsável pela realização de grande parte dos diagnósticos utilizados pelo Governo, no seu planejamento. Em 2016, o censo demográfico não pôde ser realizado, em razão de contenções de despesas. O próximo censo demográfico ocorrerá apenas em 2020.

No campo econômico, há muitas incertezas que também interferem na etapa de elaboração do orçamento. As variações inflacionárias e as oscilações cambiais são fenômenos que impactam com muito mais força em países como o Brasil, sem tradição na consolidação efetiva de direitos fundamentais essenciais. Na tentativa de amenizar essa situação, o Poder Público tem se utilizado de mecanismos que transformam o orçamento em verdadeiras peças ficcionais. Há o costume de se superestimar as receitas. Quando concluídos formalmente, os orçamentos parecem ideais, produtos de diagnósticos precisos e contínuos, a contento das mais altas expectativas. Afinal, dos seus dispositivos podem ser extraídas ações nas mais diversas áreas, com correspondência em múltiplas necessidades sociais. O problema é que muitas dessas previsões transformam-se em promessas retóricas, idealizadoras de um cenário difícil de ser transposto para a realidade. E as causas para esse fenômeno são diversas.

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, vedou-se expressamente a consignação, na lei orçamentária anual, de créditos com finalidades imprecisas ou com dotações ilimitadas³⁷³. Contudo, é muito comum encontrar nos estatutos orçamentários, inclusive na própria lei orçamentária anual que deveria ser mais específica, disposições demasiadamente genéricas para o atingimento dos objetivos contidos em cada um dos seus programas. Isso quando a subjetividade não acompanha também os próprios programas. Trata-se das chamadas ações ou programas do tipo “guarda-chuva”.

³⁷³ Cf. artigo 5º, §4º da Lei Complementar nº 101/2000.

Não se questiona que cada um dos estatutos orçamentários cumpre papéis diversos no âmbito do planejamento governamental. O plano plurianual, com função estratégica, conterá dispositivos mais gerais se comparados à lei orçamentária anual, de função operacional e, portanto, com comandos mais definidos. Isso se reflete diretamente na densidade normativa de cada um dos expedientes. Porém, todos os estatutos precisam ser minimamente factíveis. Caso contrário, os comandos constitucionais, de extrema importância, deixam de ter qualquer utilidade e força normativa. De onde se extrai que a especificação orçamental é essencial, uma vez que promove clareza e transparência aos objetivos contidos na peça orçamentária, os quais seriam defraudados sem tal exigência³⁷⁴. Ao exigir que o planejamento do Governo seja mais preciso, o seu acompanhamento pela sociedade e pelos demais órgãos de controle torna-se mais efetivo. Se tal regramento não for cumprido, dificilmente o controle do gasto público será feito com sucesso.

A questão é que a clareza e a transparência nem sempre interessam aos governantes. Os recursos públicos não são suficientes para atender a todas as demandas. Para não ter que desagradar parte dos seus eleitores, alguns gestores preferem não externar as suas decisões formalmente, travestindo os seus reais interesses por meio de previsões genéricas, capazes de induzir o pensamento dos mais desavisados, no sentido de que poderão atender a tudo e a todos. Ao repassar todas as escolhas para o momento da execução orçamentária, os governantes tendem a agir de forma mais imediatista e desordenada, em absoluto descaso com a etapa de planejamento do ciclo orçamental. Isso acarreta aumento dos custos operacionais no momento da execução orçamentária. Por sua vez, gastando mais e sem foco, o governo realiza menos. Sem dúvida, essa situação cíclica promove distorções graves no sistema orçamentário e contribui para que os brasileiros tenham a sensação de que os dispositivos constitucionais possuem pouca efetividade. De outro lado, não se pode ignorar que os créditos e as dotações genéricos abrem tortuosos caminhos para a condução da atividade financeira do Governo, facilitando práticas ineficientes, deletérias ou até mesmo corruptas.

Outra causa a ser considerada em relação à elaboração orçamentária refere-se ao fato de ser corriqueira a reprodução automática de dispositivos contidos nos expedientes

³⁷⁴ Cf. ANTONIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., 435. Nesse mesmo sentido, JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 77/78; J.R. CALDAS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., p. 91/92 e RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional e Financeiro*, op. cit., p. 318/321.

orçamentos pretéritos, apenas com ajustes nas dotações orçamentárias³⁷⁵. Ao assim proceder, o gestor deixa de aproveitar as experiências anteriores para aprimorar a sua capacidade de planejamento e, ao final, para revigorar os próprios orçamentos públicos. Sem dúvida, a repetição de modelos já criados exige menos da gestão governamental. Não é necessário realizar investimentos para incrementar o planejamento, tampouco ouvir a população, por meio de audiências públicas. Torna-se prescindível, portanto, realizar diagnósticos ou pensar em alternativas, muito menos testá-las.

A repetição de fórmulas prontas contraria o princípio da anualidade que surgiu para fomentar o controle político desempenhado pelo Parlamento em face do Executivo. De que adianta haver a obrigatoriedade de submeter ao Parlamento, periodicamente, a peça orçamental se não há mudanças significativas a serem apreciadas? Esse controle não pode ser concebido apenas sob o aspecto formal. É necessário que o Legislativo seja conclamado a rediscutir, substancialmente, o plano de governo que deve ser desenvolvido, concretamente, para curto, médio e longo prazo. Enfim, a elaboração de leis em escala mecânica, tal como uma produção industrial em massa, cria orçamentos dotados de disposições ineptas, sem capacidade para atender às reais e dinâmicas necessidades da população. Em via de consequência, gera impactos extremamente negativos, na medida em que compromete a credibilidade da atuação estatal aos olhos da sociedade. Sem plano consistente de governo,

³⁷⁵ O autor AARON WYLDASKY (*The politics of the budgetary process*, 2ª ed., Ed. Little, Brown and Company, Boston, 1974, p. 13/14) revela a sua preocupação com os orçamentos incrementais, uma vez que se repetem, anualmente, com pequenos acréscimos, sem que haja a devida compatibilização entre o planejamento e a execução orçamentária. Em contraponto a esta prática incremental, desenvolveu-se, nos Estados Unidos, uma técnica de planejamento denominada “Orçamento Base Zero”. Por seu intermédio, as previsões de dotações orçamentais dependem de os gestores apresentarem justificativas detalhadas a respeito das necessidades dos recursos pleiteados. Assim, no início do ciclo orçamentário, os gestores precisariam apresentar motivos concretos que comprovassem a imprescindibilidade da inclusão de determinado programa no orçamento. A cada ano, parte-se de uma nova estimativa de custo, chamada de base zero, a ser feito pelo Estado, no exercício financeiro seguinte. O enfoque dessa modalidade orçamental é a eficiência e a racionalidade da decisão governamental. Cada dirigente deve, ao justificar o planejamento das suas despesas, apresentar análises dos custos; das finalidades pretendidas; das medidas de desempenho; das alternativas e das consequências pela não execução. A vantagem do “Orçamento Base Zero” é disponibilizar informações mais detalhadas sobre os gastos públicos e promover a avaliação constante das escolhas firmadas. Contudo, o “Orçamento Base Zero” recebeu críticas. A sua elaboração foi considerada bastante trabalhosa. Além disso, o seu trâmite revelou-se demorado e mais custoso, o que dificultaria a consideração das experiências passadas, tendo uma visão prospectiva imediatista da gestão financeira estatal, sem profundidade nos planejamentos de médio e longo prazo. Sobre a temática ver SERGIO JUND, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, op. cit., p. 80/81; AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 13/15; SERGIO MENDES, *Administração Financeira e Orçamentária*, op. cit., p. 198 e NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *Programação e Decisão Orçamental. Da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade econômica*, op. cit., p. 412/416.

fica muito mais difícil atender aos objetivos constitucionais³⁷⁶.

A esse respeito não se pode deixar de comentar sobre a prática denominada “janela orçamentária”, já mencionada na presente investigação e recorrente nos orçamentos brasileiros. São rubricas orçamentais que contêm dotações ínfimas para o atingimento dos fins e metas estipulados, o que impossibilita as suas concretizações no momento da execução orçamentária. As suas ocorrências podem ser reflexo de um planejamento insuficiente ou, até mesmo, podem constituir uma manobra contábil para criar expectativas na sociedade quanto ao atendimento de demandas que dificilmente serão concretizadas, em razão de conter dotações muito abaixo do necessário para as suas concretizações.

E nem sempre o Poder Legislativo tem contribuído para a construção de orçamentos públicos com efetividade social. O aumento exponencial de emendas individuais propostas anualmente dificulta o debate racional e articulado de ideias entre todos os parlamentares, representantes de inúmeras causas e segmentos sociais. Há muitas proposições pontuais, nem sempre em consonância com o planejamento global. Em contrapartida, o prazo destinado para a discussão orçamentária se torna reduzido, comparado à complexidade do tema a ser debatido. Assim, há pouco tempo e disposição para discuti-las em profundidade. Sem o devido desenvolvimento dessa salutar fase do ciclo orçamentário, o jogo democrático tem perdas significativas.

Assim, o excesso de emendas parlamentares, muitas vezes, em busca de objetivos pontuais, desconectados com o planejamento sistêmico do Executivo e sem sustentabilidade fiscal, prejudica a celeridade no andamento dos trabalhos e, principalmente, o atingimento de resultados que correspondam às metas contidas no planejamento.

No campo da execução orçamentária, as distorções não são menos graves. A implementação orçamentária deve ser operacionalizada por meio de ações governamentais que não podem desatender, de forma abusiva e desmotivada, os fins descritos na Constituição, na legislação infraconstitucional e no próprio planejamento. No entanto, é inegável o número de alterações orçamentárias feitas ao longo do exercício financeiro pelo Poder Executivo. Os motivos são variados, tais como grande lapso de tempo entre a elaboração orçamentária e a

³⁷⁶ Para ELIDA GRAZIANE PINTO (*Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*, op. cit. p. 78), não é possível governar sem um planejamento sério, elaborado por meio de estudos que reproduzam cenários internos e externos e que contenham decisões criteriosas e democráticas de prioridades. Em seu entendimento, é preciso fixar estratégias claras e bem definidas. Caso contrário, seria: “como comandar um transatlântico no meio do oceano, sem mapa, instrumentos de navegação e, principalmente, sem saber o porto de destino”.

sua execução; mau ou insuficiente planejamento; diminuição na arrecadação tributária; superestima das receitas públicas³⁷⁷; surgimento de situações imprevisíveis e urgentes; necessidade de revisão das prioridades orçamentárias e cumprimento de metas fiscais.

Por essas razões, muitas despesas previstas são contingenciadas, sem a devida motivação³⁷⁸. Significa dizer que o Executivo, sem apresentar justificativa expressa, deixa de efetuar os gastos públicos, apesar da existência de dotações orçamentárias para tanto, o que compromete a continuidade das políticas públicas. De outro lado, o custo operacional dessa descontinuidade é alto. A desmobilização de recursos humanos e materiais, não raras vezes, de forma abrupta e não planejada, acarreta prejuízos ao Poder Público e, em ultima *ratio*, à comunidade.

Nesta fase, os redesenhos orçamentários são observados constantemente, através da abertura de créditos adicionais, inclusive para o atendimento de situações previsíveis e reiteradas, ao longo dos anos. Nesse sentido, destaca-se a Medida Provisória nº 405/2007 transformada, em seguida, na Lei nº 11.658/2008, cuja constitucionalidade foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa oportunidade, o Presidente da República abriu créditos extraordinários em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do próprio Governo. Como visto, nessa modalidade de crédito adicional é permitido ao Chefe do Executivo promover a sua abertura por meio de medidas provisórias, desde que para o atendimento de situações urgentes e imprevisíveis. Entretanto, entre as hipóteses fáticas que basearam a edição do referido expediente normativo, destacava-se a implantação de um centro

³⁷⁷ Mais especificadamente sobre a superestima de receitas públicas, MARCOS NÓBREGA (Orçamento, eficiência e *performance budget*, op. cit., p. 699) expõe que é prática comum no Brasil modificar o orçamento em uma espécie de quimera, um projeto utópico, em que o gestor estabelece e orça todos os seus sonhos, muitas vezes, prometidos ainda durante a campanha eleitoral. Assim, para que possa ter uma autorização para um montante tão elevado de despesas, o Governo promove a superestima das receitas. Como exemplo, o doutrinador afirma não ser incomum encontrar em pequenos municípios situações em que a receita arrecadada no exercício anterior girava em torno de R\$ 5 milhões (cinco milhões de reais) ao passo que a proposta orçamentária para o ano seguinte previa R\$ 60 milhões (sessenta milhões de reais) de arrecadação. A incongruência é tamanha que, para ele, somente uma extraordinária e imprevisível mudança econômica na região poderia cancelar essa desproporção de receitas.

³⁷⁸ Nessa conformidade, a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização - CMPOPF realizou um estudo a respeito das múltiplas alterações orçamentárias durante o exercício financeiro e apresentou o “Levantamento de Problema e Sugestões para a Melhoria do Processo Orçamentário”, no ano de 2005. Segundo as análises realizadas no levantamento, o processo orçamentário para ser melhorado necessita conter menor distanciamento entre a fase de execução orçamentária e as etapas do planejamento governamental e da autorização proferida pelo Parlamento. Isso porque o que se elabora e se aprova nem sempre é o que será executado, no exercício financeiro. Além disso, foi identificada outra providência com potencial para melhorar a resolutividade da peça orçamental. Trata-se da restrição de utilização do contingenciamento discricionário pelo Executivo, na etapa de concretização do orçamento. Sobre a temática ver ÉLIDA GRAZIANE PINTO, *Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária*, op. cit., p. 94.

de treinamento de canoagem. Sem adentrar no mérito da relevância do gasto referido é difícil sustentar de que se trata de uma despesa urgente e imprevisível. Ao analisar os pressupostos para a abertura de créditos extraordinários em relação à Lei nº 11.658/2008, esse foi o posicionamento sustentado pela Corte Constitucional brasileira, que deferiu o pleito liminar para suspender o expediente normativo em exame, uma vez que entendeu que a abertura dos créditos extraordinários nela contidos tinha como propósito prover despesas correntes e não extraordinárias³⁷⁹.

Ainda em relação aos créditos adicionais, não é difícil encontrar orçamentos em que as suplementações correspondam a valores extremamente elevados, se comparados às dotações inicialmente autorizadas, o que evidencia sérios problemas gerenciais e de planejamento. Nesses casos, ou os diagnósticos estão sendo realizados de forma insatisfatória e as dotações não estão correspondendo aos créditos previstos ou se trata de estratégias governamentais, para não chamar atenção para certos gastos que já se sabe que ocorrerão, mas que não devem ser explícitos no momento da elaboração e da aprovação orçamentária. Trata-se de evidente violação ao princípio da transparência, com reflexos no campo do controle orçamentário.

Essa situação é muito visualizada na época eleitoral. Há uma forte tendência do uso da máquina pública por parte dos gestores, nesse período. Aumentam-se despesas com propagandas institucionais, com benefícios sociais e com transferências voluntárias a grupos políticos aliados. Para custeá-las, se faz uso de contingenciamentos e de abertura de créditos adicionais. Ademais, os governantes sabem que uma situação econômica estável aumenta as suas chances no pleito eleitoral. Por essas razões, tendem a inflar a política de gastos nos anos eleitorais, induzindo um incremento artificial na economia, com a consequente piora nos anos subsequentes.

Já na seara da avaliação orçamentária detecta-se uma assimetria informacional que prejudica a sua efetiva realização. Isso porque o Governo contém informações qualitativa e/ou quantitativamente superiores à população e aos demais ocupantes dos conselhos integrantes do sistema de controle social. Além da dificuldade de acesso, os dados que são formalmente repassados para esse público nem sempre contém linguagem clara, de fácil compreensão, o que compromete os resultados do processo avaliativo.

³⁷⁹ Cf. ADIN nº 4.048/2008, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 22.08.2008, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Essas dificuldades são observadas, com frequência, nos municípios do interior do país. A partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, inúmeras políticas públicas passaram a ser descentralizadas para os demais entes da federação, a exemplo do que ocorre com as políticas de saúde e de educação. Esse processo buscou fomentar a participação da população, por meio dos Conselhos Municipais e Estaduais³⁸⁰, a fim de que interagissem mais de perto com o Poder Público. Em regra, esses órgãos deliberativos possuem composições paritárias, entre representantes governamentais e da sociedade civil e possuem a responsabilidade de acompanhar e de fiscalizar a execução das programações estatais e dos gastos delas decorrentes. Ocorre que muitos desses integrantes não dispõem de conhecimento técnico para analisar a execução da política pública, ao longo do ano. Assim, ao término do exercício fiscal, quando precisam avaliar o relatório final de gestão, não conseguem fazê-lo adequadamente, pois desconhecem muitas das informações técnicas ali dispostas. De outro lado, esses conselheiros são pressionados pela Administração a aprovarem as suas contas e os respectivos dispêndios públicos, uma vez que a rejeição dos relatórios pode prejudicar o repasse de verbas federais para os estados e municípios, no exercício financeiro seguinte. Assustados com a possibilidade de deixar a população dos seus municípios e estados sem recursos para áreas consideradas essenciais e sem ter capacitação científica para contraporem-se aos dados apresentados, os conselheiros terminam por aprovar as contas públicas que lhes são submetidas. Formalmente, houve prestação de contas, transparência e controle. Em concreto, a realidade é bastante diversa.

A descentralização de políticas públicas introduzida pela Constituição Federal traz à tona tensões que não se limitam ao relacionamento mantido entre o Estado e a sociedade civil que dele participa, através dos conselhos deliberativos. A crise decorrente do Pacto Federativo constitucional é grave e compromete o próprio funcionamento do sistema orçamentário dos entes, com impactos à população. O Brasil tem convivido com um federalismo fiscal atipicamente desigual. Ao se descentralizar as políticas públicas para os estados e municípios, a Constituição Federal não assegurou o repasse proporcional de recursos para os seus custeios. Significa dizer que a partilha de responsabilidades e deveres não foi acompanhada das transferências financeiras respectivas, criando um perverso desequilíbrio fiscal e financeiro entre a União e os demais entes federados.

³⁸⁰ Como exemplos de conselhos estabelecidos a partir da Constituição Federal de 1988, têm-se os Conselhos Municipal e Estadual da Saúde; os Conselhos Municipal e Estadual do FUNDEB; os Conselhos Municipal e Estadual da Educação; os Conselhos Municipal e Estadual da Criança e do Adolescente, os Conselhos Municipal e Estadual do Idoso.

E, em determinadas áreas, como é o caso do Sistema Único de Saúde, observa-se a regressão paulatina da participação federal no seu financiamento³⁸¹, em que pese o crescimento exponencial dos seus custos, diante dos avanços da ciência e da tecnologia. Nessa conformidade, a política desonerativa da União acarreta uma sobrecarga financeira que recai sobre os estados e principalmente sobre os municípios, o que compromete as suas autonomias financeiras. O problema se agrava em relação aos entes mais pobres da federação, que não dispõem de arrecadação compatível às demandas da comunidade, massivamente usuária dos serviços públicos.

A repartição tributária nacional também produz iniquidades e agrava a situação. O Governo Federal tem o protagonismo no faturamento tributário nacional. Além disso, tem em suas mãos a possibilidade de conceder benefícios fiscais, a exemplo de renúncias em relação ao Imposto sobre Produtos industrializados – IPI, que reduzem o recolhimento desses impostos, impactando diretamente no repasse dos recursos tributários aos estados e municípios. Essa situação, inclusive, foi objeto de intensas discussões no Supremo Tribunal Federal³⁸², tendo a sua repercussão geral sido reconhecida no âmbito do Recurso Extraordinário sob nº 705.423³⁸³, em novembro de 2016. O caso envolveu o Município de Itabi, no estado de Sergipe, e a União. Em breve resumo, o município de Itabi ajuizou Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal requerendo que a União fosse proibida de incluir nas desonerações tributárias que viesse a conceder o quantitativo dos impostos devidos aos municípios. Em seu pleito, o município pediu, ainda, que a União fosse condenada a devolver aos municípios os valores que deixaram de receber por meio do Fundo de

³⁸¹ Cf. artigo 77, inciso I, alínea b) da Constituição Federal de 1988 e artigo 5º, da Lei Complementar nº 141/2012.

³⁸² A respeito do tema, ver ainda o Recurso Extraordinário nº 572.762, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 05.09.2008. Nesse caso, o município de Timbó ajuizou ação contra o Estado de Santa Catarina, que estabeleceu uma política de desoneração de até 100% (cem por cento) do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, a ser pago por estabelecimentos empresariais instalados no estado. Ocorre que as desonerações praticadas pelo ente estatal impactavam diretamente no repasse de recursos destinados aos municípios catarinenses. Afinal, ao arrecadar menos, as transferências constitucionais também seriam feitas a menor. Por esse motivo, o município de Timbó sustentou que teria direito a 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS, computando-se nesse cálculo os valores que estavam sendo desonerados pelo Estado, por sua iniciativa, sem as concordâncias dos municípios catarinenses. Ao analisar o mérito, entendeu-se que a parcela do ICMS disposta no artigo 158, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 pertence aos Municípios e não está submetida a livre deliberação dos Estados. Assim, a maioria dos ministros integrantes da Corte Constitucional decidiu, em agosto de 2012, pela procedência do recurso extraordinário interposto pelo ente municipal.

³⁸³ Cf. tema 653, cadastrado no âmbito do Recurso Extraordinário nº 705.423, Rel. Min. Edson Fachin, DJ de 05.02.2018, do Supremo Tribunal Federal. O tema 653 da Suprema Corte encontra-se descrito nos seguintes termos: “É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades”.

Participação dos Municípios - FPM, uma vez que as desonerações tributárias praticadas pelo Governo Federal impactavam diretamente nos repasses federativos, na medida em que o referido fundo era composto de 22,5% (vinte e dois vírgula cinco por cento) das arrecadações dos Impostos de Renda – IR e de Produtos Industrializados - IPI. Por outro lado, a União argumentou que a sua competência tributária sobre o Imposto de Produtos Industrializados - IPI envolve competência legislativa plena e não sofre qualquer limitação pelo fato de parte da arrecadação ser destinada ao Fundo de Participação dos Municípios - FPM. O Supremo Tribunal Federal determinou, por meio do tema 653, repercussão geral ao caso. E, ao decidir sobre o mérito do feito, a maioria dos ministros da Corte Constitucional brasileira concordou com o Ministro Relator Edson Fachin e negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo município sergipano. No entendimento da maioria dos Ministros, o poder de arrecadar instituído à União abrange também o poder de isentar. Logo, quando a Constituição Federal estipula que o Fundo de Participação dos Municípios - FPM será composto pelo produto dos dois impostos – Imposto de Renda e Imposto de Produtos Industrializados - isso inclui também o resultado das desonerações³⁸⁴.

Esse *leading case* demonstra a difícil situação vivenciada pelos estados e municípios brasileiros. O pacto federativo estabelecido pela Constituição Federal coloca em risco a autonomia financeira dos demais entes, que se encontram reféns de um acordo que mais corresponde a um contrato unilateral, de adesão compulsória. Se o reequilíbrio no custeio das políticas públicas não for alcançando, o federalismo no Brasil certamente padecerá³⁸⁵.

³⁸⁴ Cf. Recurso Extraordinário nº 705.423, Rel. Min. Edson Fachin, DJ de 05.02.2018, do Supremo Tribunal Federal. Para o Ministro Edson Fachin: “O poder de isentar é decorrência lógica do poder de tributar. O verso e o inverso de uma mesma moeda”. O Ministro destacou que reconhece a importância para a autonomia financeira dos municípios das transferências tributárias feitas pelo Governo Federal. Contudo, em seu entender, o pleito formulado pelo Município de Itabi contraria o modelo de repartição de receitas previsto na Constituição Federal. Com posicionamento diverso, destaca-se o voto do Ministro Luís Fux. Para ele, a participação no produto da arrecadação dos dois tributos constitui um direito dos municípios que não pode ser limitado pela União. O Ministro Luís Fux destaca que as desonerações devem ser suportadas pelo ente que as realiza, sob pena de se inverter a sistemática tributária vigente e de se “fazer favor com o chapéu alheio”, o que provocará disfuncionalidades graves na autonomia financeira dos demais entes federados.

³⁸⁵ Para um maior detalhamento a respeito da problemática em torno do pacto federativo, ver ÉLIDA GRAZIANE PINTO, *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação*, op. cit., p. 19/29 e 233; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A política desonerativa da União e o impacto no orçamento dos entes subnacionais (Tema 653 da repercussão geral – RE 705.423)”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 347/366; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 226/231, 303/308 e 325/328; CELINA SOUZA, “Instituições e mudanças: reformas da Constituição de 1988, federalismo e políticas públicas”, In Gilberto Hochman e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (Coords.), *Federalismo e Políticas Públicas no Brasil*, Ed. Fiocruz, Rio de Janeiro, 2013, p. 91/118; CIBELE FRANZESE e FERNANDO LUIZ ABRUCIO, “Efeitos recíprocos entre Federalismo e Políticas Públicas no Brasil: os casos dos sistemas de saúde, de assistência social e de educação”, In Gilberto Hochman e Carlos Aurélio Pimenta de

Contudo, as incongruências sistêmicas existentes no ciclo orçamentário brasileiro não se restringem ao pacto federativo. As disfunções no orçamento público são diversas, o que faz com que se indague se o seu processamento é realmente levado a sério pelos governantes. Há um notório descompasso entre o planejamento e a execução orçamental, sem que justificativas precisas sejam apresentadas de forma clara e compreensível. As demandas sociais são múltiplas e nem sempre as prioridades constitucionais destinadas a cada ente são respeitadas com primazia. Não é incomum verificar municípios arcando com despesas referentes ao ensino superior dos seus munícipes, enquanto centenas de crianças não encontram vagas nas creches e nas escolas de ensino fundamental. Frise-se que o descumprimento é expresse, uma vez que há dispositivo constitucional determinando que os entes municipais atuem com prioridade no ensino fundamental e na educação infantil, inexistindo referência prioritária em relação ao ensino superior³⁸⁶. Não por acaso, o Conselho Nacional do Ministério Público emitiu a Recomendação sob nº 44/2016 regulamentando a atuação dos seus membros no controle do gasto mínimo em educação, inclusive no que concerne ao estrito respeito às prioridades constitucionais dos entes da federação³⁸⁷.

Em uma visão pragmática, percebe-se que o orçamento tem produzido resultados aquém do esperado. Para superar essas forças adversas é preciso investir no planejamento orçamental e aprimorá-lo. As prioridades constitucionais devem ser respeitadas. Os diagnósticos necessitam ser precisos. Não é admissível que na área da educação, por exemplo, não se contabilize, com a máxima exatidão possível, o número de crianças que estão fora da escola; a existência concreta de vagas disponibilizadas à população; os possíveis motivos da evasão escolar; as alternativas para o enfrentamento do tema; os relatórios avaliativos sobre os programas já executados, entre outros dados que são relevantes ao tratamento da questão.

Durante a execução, é necessário respeitar, como regra, as decisões tomadas na fase de planejamento, as quais somente podem ser redesenhadas, em situações excepcionais e de

Faria (Coords.), *Federalismo e Políticas Públicas no Brasil*, Ed. Fiocruz, Rio de Janeiro, 2013, p. 361/386; REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 30/42 e 402/403; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 188/201 e EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *Os gastos públicos no Brasil*, op. cit., p. 61/73.

³⁸⁶ Cf. artigo 211, §2º da Constituição Federal de 1988.

³⁸⁷ Cf. artigo 4º, incisos XVI, XVII, XXXII e XXXIII, da Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público sob nº 044/2016. Nesse mesmo sentido, merece destaque a Orientação Técnica nº 06/2018, emitida pela Rede de Controle da Gestão Pública no Estado da Bahia, a qual expressamente orienta os gestores a priorizarem, nos municípios, as políticas públicas dirigidas à educação infantil e ao ensino fundamental em detrimento de outras, que não se encontram contempladas entre as prioridades constitucionais, inclusive as atinentes ao ensino superior.

forma motivada pelo gestor. Significa afirmar que a atuação administrativa deve observar uma vinculação mínima das normas orçamentais, a fim de impor uma obrigação *prima facie* de acolhimento³⁸⁸. Não se pode admitir um poder absoluto da Administração, monocrático e isento de motivação e de publicidade. Dessa feita, o descumprimento do planejamento orçamental exige justificativa razoável por parte do Poder Público, sob pena de conceber o orçamento como uma mera pauta utópica de prioridades utilizada para falsear o processo político real, este sim delineado nos bastidores, às escuras, distante dos compromissos e anseios sociais.

O gerenciamento e a avaliação orçamental precisam ser aperfeiçoados para promover-lhe mais produtividade e qualidade. Falhas e insuficiências nas programações precisam ser diagnosticadas e revistas. A mensuração de custo e benefício entre os investimentos feitos e os resultados obtidos também. Por fim, para o escoreito controle, as ferramentas de *accountability* e os mecanismos de responsabilização precisam ser efetivos e não meramente burocráticos.

Com efeito, o não funcionamento ou o desenrolar inadequado do ciclo orçamentário precariza a política pública a ser implantada e compromete a efetividade dos direitos fundamentais nela contemplados. Mas não só isso. Gera um grave risco de erosão constitucional.

Por outro lado, deve-se considerar que qualquer mudança encontra dificuldades de concretização. A implantação de novos modelos exige preparação administrativa. E precisa transpor a resistência natural daqueles operadores acostumados a vislumbrar o orçamento sob um viés tradicional ou em um cenário baseado em políticas voltadas a resultados de curto prazo, de cunho eleitoreiro e nem sempre de índole republicana. Contudo, essas adversidades

³⁸⁸ Para EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA (*A Constitucionalização das finanças públicas no Brasil – devido processo orçamentário e democracia*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2010, p. 392/397), não se pode considerar como normal o fato de o Governo ignorar as escolhas orçamentárias no momento da execução orçamental. E ainda nas hipóteses em que ocorram desvios das rotas planejadas, recai ao Poder Público o dever de justificar as suas decisões. Trata-se de uma vinculação mínima. Para o autor pode-se conceber como vinculação mínima o “dever de motivar o descumprimento da previsão inicial. A rigor, sequer se trata de verdadeira vinculação, salvo por exigir que o administrador leve em conta a decisão orçamentária e forneça motivos para a sua superação. Com isso, evita-se, ao menos que o contingenciamento passe despercebido, obrigando o administrador a assumir formalmente uma posição e sustentá-la no espaço público”. Com esse mesmo entendimento, ver o voto do Ministro Luíz Fux exposto na ADIN nº 4.663, no Supremo Tribunal Federal. O Ministro Relator entende que as normas dispostas na lei orçamentária anual, sejam elas emanadas da proposta do Poder Executivo ou de emenda apresenta pelo Poder Legislativo, devem ser observadas com o mesmo grau de vinculação pelo Governo, no momento da execução orçamental. Desse modo, o Ministro reconhece “a denominada vinculação mínima das normas orçamentárias, capaz de impor um dever *prima facie* de acatamento, ressalvada a motivação administrativa que justifique o descumprimento com amparo na razoabilidade”.

têm que ser ultrapassadas e não podem obstaculizar o Estado. É fundamental que mudanças sejam realizadas com consistência e de forma perene. Para tanto, a mentalidade dos administradores e a cultura de uma gestão financeira responsável precisam se posicionar e caminhar na mesma direção. O atingimento dos objetivos constitucionais e legais depende essencialmente do manejo adequado do orçamento, cujo ciclo tem uma racionalidade própria que precisa ser observada. Afinal, as programações são cientificamente elaboradas, assim como os sistemas que mensuram os seus desempenhos. Esse trabalho árduo e multidisciplinar, que requer recursos financeiros, humanos e logísticos não pode ser imotivadamente desperdiçado, principalmente em razão de que, nesses casos, quem mais sofre com a desídia governamental são os mais necessitados. A população de baixa renda padece e não pode sobreviver dignamente apenas com promessas vãs do Poder Público. As privações e os males do presente são reais³⁸⁹.

A dificuldade é saber se, durante a execução orçamentária, a racionalidade técnica orçamental consegue sobrepor-se à racionalidade política, inerente ao processo. Em seguida, busca-se discorrer sobre as relações mantidas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo na construção e na implementação do orçamento público, no Brasil.

³⁸⁹ Ao tratar dos vícios dos governantes nas democracias, ALEXIS DE TOCQUEVILLE (*Da democracia na América*, op. cit., p. 205/206) ressalta que: “O povo, não só vê menos do que as classes superiores o que pode esperar ou recluir do futuro, mas também sofre muito diferentemente delas com os males do presente. O nobre, ao expor a sua pessoa, incorre em tantas oportunidades de glória como de perigos. Ao entregar ao Estado a maior parte do seu rendimento, priva-se momentaneamente de alguns dos prazeres da riqueza; mas para o pobre, a morte é sem prestígio, e o imposto que incomoda o rico ataca amiúde no seu caso as fontes de vida”.

PARTE II

ORÇAMENTO PÚBLICO:

NOS MEANDROS DA POLÍTICA E DO DIREITO

CAPÍTULO 4

AS INTERFERÊNCIAS POLÍTICAS NO PROCESSO ORÇAMENTÁRIO: AS RELAÇÕES MANTIDAS ENTRE O EXECUTIVO E O LEGISLATIVO

4.1 A importância da governabilidade para o desenvolvimento das ações estatais

No Estado Monárquico Absolutista o ato de governar dependia da vontade unilateral do monarca, considerado como origem e fundamento do poder, a quem competia decidir isoladamente sobre todos os impostos e gastos necessários para a manutenção da Coroa³⁹⁰. Não havia qualquer espécie de controle contra eventuais arbítrios no manuseio do dinheiro público.

No Estado de matriz liberal essa situação muda consubstancialmente. Com o objetivo de despersonalizar o poder político, o Poder Legislativo se fortalece, representando a vontade da comunidade. Logo, o ato de governar passa por mudanças e o governante precisa redefinir a sua capacidade política, para compatibilizar os múltiplos interesses em jogo e concretizar o seu projeto de governo. Preocupações em torno da neutralidade do orçamento, do equilíbrio econômico-financeiro das contas públicas e de restrições ao poder de tributar passaram a compor a agenda governamental, no campo dos gastos estatais.

Com o Estado Social, a concepção político-econômica se altera novamente. Os poderes voltam a se reorganizar. A principal tarefa estatal de assegurar, através de leis ou normas gerais, a segurança, a propriedade e a liberdade individual não se revela suficiente. É imprescindível que o Estado altere as suas estruturas em prol do atendimento de fins coletivos. Como via de consequência, as despesas públicas aumentam e o manuseio do orçamento deve ser direcionado também para tratar das finanças intervencionistas. Nessa conformidade, os poderes estatais precisam trabalhar em conjunto, para atender funções até então inéditas e ainda mais árduas.

Assim, apesar das peculiaridades existentes nos modelos de Estados Liberal e Social,

³⁹⁰ Para NICOLAU MAQUIAVEL (*O Príncipe*, op. cit., p. 31/57), a condução do Estado pelo príncipe que conquistou os principados com armas e virtudes próprias ou com armas e fortuna dos outros e, até mesmo por meio de crimes, deve buscar a sua manutenção e o seu fortalecimento no poder, ainda que se trate de cidades e principados que antes de serem ocupados viviam com as suas próprias leis. Nesse caso, o projeto de permanência e constância no poder envolve a desagregação e a dissolução dos habitantes e das instituições de outrora, uma vez que essa população não saberá viver sem liberdade.

já analisados com mais vagar no primeiro capítulo, um ponto comum entre ambos é merecedor de destaque e não pode deixar de ser mencionado nesse momento: O ato de governar se torna mais dinâmico e mais complexo ao longo da história.

O Poder Executivo precisa, diuturnamente, tecer e solidificar as suas relações com o Poder Legislativo, para que possa concretizar os seus objetivos e viabilizar o desenvolvimento das suas funções estatais³⁹¹. É preciso conquistar governabilidade.

A governabilidade pressupõe boas relações e equilíbrio entre as forças políticas. A legitimidade e a capacidade política dos integrantes do Governo dependem, essencialmente, dela. Sem apoio político para governar, o gestor dificilmente conseguirá implementar as suas decisões. No dizer de Barry Ames, o Governo precisa “estar sempre reconstruindo maiorias³⁹²”.

Não é despidendo afirmar que o êxito do plano de governo do Poder Executivo depende da sua capacidade em considerar os interesses diversos da sociedade e de conciliar tais divergências. Se conseguir desempenhar tal mister, o administrador terá sustentabilidade política e, por conseguinte, maior facilidade para aprovar os seus projetos de leis, inclusive de natureza orçamentária, perante o Parlamento.

Afinal, para implantar o seu projeto governamental, o Executivo precisa de recursos. Na linha de entendimento de Cass Sunstein e Stephen Holmes, nenhum direito é economicamente indiferente³⁹³. Para obter receitas, o Estado, de matriz liberal ou social, precisa de autorização legislativa. O apoio parlamentar, por sua vez, tende a ser concedido com mais ou menos embaraços, a depender da governabilidade do gestor. Com efeito, sem

³⁹¹ No entendimento de ANTÓNIO LOBO XAVIER (*O orçamento como lei: contributo para a compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português*, op. cit., p. 240), a estrutura de organização do Estado passou por inúmeras mudanças. A separação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo já não mais se sedimenta em bases estanques, tal como vislumbrado no período liberal. Constata-se uma ordem funcional diferentemente da separação de poderes clássica introduzida por Montesquieu. Não se verifica uma estagnada divisão, mas sim um sistema de freios e contrapesos que deve agir como obstáculo para práticas relacionadas ao abuso de poder. Nesse sentido, MICHEL FOCAULT (*Microfísica do poder*, op. cit., p. 292) avalia que para a sobrevivência do Estado é necessário que exista o fenômeno por ele denominado de “governamentalização”. Trata-se de táticas de governo que possibilita a definição dos limites e do equilíbrio do poder, a clareza entre o que é público e o que é privado.

³⁹² Cf. BARRY AMES, *Os entraves da democracia brasileira*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003, p. 294. Sobre o tema, ALEXIS DE TOCQUEVILLE (*Da democracia na América*, op. cit., p. 126) já anunciava, no século dezanove, a importância da manutenção de uma boa convivência entre os Poderes Executivo e Legislativo, na Europa. De acordo com o seu posicionamento, o rei constitucional necessita das Câmaras para atuar, para executar as leis. O Poder Executivo e o Poder Legislativo não podem viver um sem o outro. O desenvolvimento das ações estatais paralisa no momento em que há discordâncias entre eles.

³⁹³ Cf. STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, *El costo de los Derechos. Por qué la libertad depend de los impuestos*, op. cit., p. 33.

sustentabilidade, as deliberações do Governo quando chegam a ser concretizadas, o são de forma muito mais penosa³⁹⁴.

Imaginando-se que o Governo de um país, por motivos que considera relevante, decide declarar guerra a outro. Contudo, para deflagrar o conflito bélico precisa estruturar as suas forças armadas e, para tanto, obter novos recursos, os quais dependem de autorização legislativa. Se tiver obstruções parlamentares, o objetivo definido pelo Governo pode restar comprometido. Nesses casos, a governabilidade se revela essencial para que a decisão tomada pelo Chefe do Executivo seja executada com celeridade. Quando não há entendimento, as rupturas podem gerar graves consequências.

A dificuldade descrita no exemplo acima foi sentida por Otto von Bismarck na Prússia, na segunda metade do século dezenove. Pela importância histórica e pelas significativas repercussões, inclusive no âmbito jurídico, as quais serviram de fundamento para o delineio da teoria clássica do orçamento, passa-se a tecer, a seguir, algumas ponderações sobre a crise política prussiana, de profundas repercussões orçamentárias.

4.2 A crise prussiana

Em 1848, quase meio século após a Revolução Francesa, eclodiu na Prússia uma série de protestos denominados “Revoluções de Março ou *Märzrevolution*”. O objetivo das manifestações era criar um parlamento para representar o povo alemão e ampliar as liberdades civis, restringidas pela sistemática monárquica absolutista vigente, assegurando, entre outros direitos, a liberdade de imprensa e a liberdade de reunião.

O resultado das Revoluções de Março foi o término do absolutismo monárquico. No entanto, mais reticente à ideia liberal, o novo ordenamento constitucional prussiano buscou, em certa medida, manter as prerrogativas da Coroa. Em 31 de janeiro de 1850, é promulgada uma constituição por Guilherme IV, instituindo-se uma forma de governo denominado de monarquia limitada ou dualista.

³⁹⁴ O Presidente Barack Obama enfrentou durante o seu segundo mandato dificuldades para votar projetos relacionados ao seu plano de governo. Nesse período, o Congresso americano foi composto por integrantes, em sua maioria do Partido Republicano. No total, 242 (duzentos e quarenta e dois) deputados eram de oposição republicana. O segundo mandato do Presidente americano Barack Obama foi considerado o período em que o Congresso Nacional dos Estados Unidos menos legislou em toda a história moderna dos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141105_eleicoes_eua_resultado_ac_lab>. Acesso em: 31.01.2016.

Diferentemente da monarquia parlamentar implantada na Inglaterra, em que a representação da soberania popular recaía sobre as leis e, por via de consequência, sobre o Parlamento, na monarquia dualista a representação da soberania acabava por se desenvolver em torno da figura do monarca³⁹⁵. O protagonismo estatal era desempenhado pelo Executivo. A intervenção do Parlamento era restrita e condicionada à deliberação e à aprovação de matérias específicas. Os chamados atos tipicamente legislativos eram considerados aqueles com potencial de interferir de forma direta na liberdade e na propriedade dos cidadãos. Somente nesses casos a intervenção parlamentar se justificava.

O Governo, por sua vez, era composto por pessoas de confiança indicadas pelo Monarca. Caso o Parlamento não concordasse com os rumos administrativos na Prússia, não haveria providências a serem adotadas, tampouco responsabilidades a serem apuradas. Todos deveriam aguardar a posição do monarca, a quem competia os atos de livre nomeação e exoneração dos cargos governamentais.

Nesse cenário, pode-se imaginar que a relação existente entre a monarquia e o parlamento estava construída em bases frágeis e não plenamente delineadas. Em casos de dúvidas a respeito do que seria um ato tipicamente legislativo, aguardava-se o consenso entre os poderes, sem definição de um prazo determinado. A exceção correspondia à peça orçamentária. Isso porque a Constituição da Prússia disciplinou que as receitas e despesas do Estado deveriam ser incluídas, todos os anos, no Orçamento Geral, o qual seria regulamentado por meio de uma lei, ou seja, com o aval do Poder Legislativo³⁹⁶.

Como o funcionamento do Estado não poderia prescindir de recursos era

³⁹⁵ Cf. TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit., p. 28. Ao tratar da monarquia dualista, JORGE REIS NOVAIS (*Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 71/72) pontua que o seu desenvolvimento ocorreu, predominantemente, no século XIX. Trata-se de uma forma de governo muito focada na figura do Monarca, considerado como fonte originária e fundamentadora do poder, apesar da existência de uma Constituição. O autor ressalta, inclusive, que o termo mais adequado seria Carta Constitucional e não Constituição, uma vez que se está a falar de um documento aprovado e concedido ao povo, pelo próprio Rei. Por outro lado, apesar de não contemplar direitos conquistados por uma Assembleia Constituinte, fato é que a Carta Constitucional estabeleceu, em alguma medida, limitações ao poder real. Foram consagradas instituições representativas e promoveu-se certa divisão de poderes, capaz de gerar uma dualidade de poder entre o Rei e as instituições representativas da população. Mas, nesse dualismo, o Rei assegurava para si uma posição política central, através do denominado poder moderador, que lhe garantia uma intervenção decisiva na condução do Estado. Diferentemente da monarquia dualista, a monarquia parlamentarista assenta-se em uma Constituição feita, com exclusividade, pela Assembleia representativa popular. A promulgação do texto constitucional pelo Rei tem efeito meramente simbólico. Nesta espécie de monarquia, o poder provém originalmente do povo e os órgãos que o exercem extraem a sua legitimidade do processo eleitoral.

³⁹⁶ O artigo 99 da Constituição da Prússia estabelecia que todas as receitas e as despesas do Estado tinham que ser previstas anualmente, de forma antecipada para o ano subsequente, mediante lei, a qual correspondia ao Orçamento Geral do Estado.

fundamental, portanto, que o Governo e o Parlamento concordassem em aprovar, anualmente, a lei orçamentária alemã. Se não houvesse concordância entre ambos os poderes, o conflito seria inevitável, uma vez que não vigorava, no ordenamento jurídico, uma previsão normativa sobre quem deveria proferir a última palavra para dirimir a questão. Nesse sentido, a solução para o impasse não era dada pelo direito, mas sim pela política e seus domínios.

Em 1860, as relações entre os poderes prussianos se estremeceram. Nesse ano, foi apresentado ao Parlamento um projeto de lei que regulamentava uma reforma no exército prussiano, para incrementá-lo proporcionalmente ao crescimento econômico e populacional vivenciado na Prússia. O objetivo era transformar o país em uma potência militar. No entanto, o Executivo não tinha maioria no Legislativo. O resultado foi que o Parlamento prussiano recusou o projeto, condicionando a sua aprovação ao oferecimento de emendas parlamentares. O argumento para justificar a não aprovação e a necessidade de alterações foi no sentido de que o projeto era altamente custoso e promovia o fim das atividades milicianas³⁹⁷.

Sem concordar com a realização das alterações parlamentares propostas, o Governo retirou o projeto do Parlamento. Porém, na prática, iniciou a sua implementação, mesmo sem autorização parlamentar. Instalou-se, dessa feita, um conflito político entre os Poderes Legislativo e Executivo prussianos.

Em resistência à ação governamental praticada, o Parlamento, ao receber a lei orçamentária de 1861, recusou-se a aprovar as dotações necessárias para o financiamento da reforma do exército, uma vez que se tratava de projeto não deliberado pelo poder legiferante, em desacordo aos ditames constitucionais. A ausência de sustentabilidade política do Executivo acentuou a crise política. Agora, a crise se alastrou para a questão orçamental e perdurou, no país, por, aproximadamente, seis anos³⁹⁸.

³⁹⁷ Cf. TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 41. Sobre o tema, ver ainda RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional e Financeiro*, op. cit., p. 66/67 e SANDOVAL ALVES DA SILVA, *Direitos Sociais. Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*, op. cit., p. 156/157.

³⁹⁸ Ao tratar da crise orçamentária prussiana, o doutrinador JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*A Lei do orçamento na Teoria da Lei*, op. cit., p. 545) ressalta que o conflito ocorreu entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. No caso em tela, entre um Governo que entendia ter poderes originários e um Parlamento que atribuía a si legitimidade democrática. Interessante apontamento é feito por TIAGO DUARTE (*A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 40) que realiza um resumo bastante claro sobre o pano de fundo que ensejou o conflito entre os poderes, vivenciado na Prússia, naquela época. Para o autor, a tensão prussiana é, também, um confronto político entre uma burguesia progressista que vai, aos poucos, ocupando espaços no Estado, por meio de representações parlamentares e os sucessivos governos aristocráticos, indicados pelo Monarca. Em seus apontamentos, destaca, ainda, os pronunciamentos feitos por Ferdinand Lassalle, fundador e líder do primeiro partido socialista alemão, em duas conferências ocorridas no período em que durou a crise orçamental. A

Nesse interim, com o objetivo de retaliar o posicionamento parlamentar, o Monarca dissolveu o Parlamento, em duas oportunidades, no ano de 1862. Após novas eleições, os liberais, contrários à reformulação do poderio militar prussiano, saíram novamente vencedores, o que agravou a instabilidade política. Para contornar as tensões entre os poderes, em setembro de 1862, o Rei nomeia Otto von Bismarck para a Chefia do Governo, para fins de superar o impasse e prosseguir com as modificações no exército.

Para Bismarck, uma solução política para o conflito deveria ser encontrada com urgência. Dessa feita, diante da omissão constitucional acerca do procedimento a ser seguido em caso de não aprovação orçamentária, o Chefe de Governo compareceu ao Parlamento e sustentou que cabia ao Monarca tomar a decisão, tal como ocorria anteriormente à vigência da Constituição. Isso porque não seria possível admitir a paralisação das atividades estatais. O Monarca teria o dever de impedir que a vida administrativa do país se interrompesse, indefinidamente. Em seu pronunciamento, Bismarck mencionou que os ministros da Prússia agiam em nome do Rei e não, como ocorria na Inglaterra, em nome da maioria parlamentar³⁹⁹. Contudo, a situação não melhorou. O Legislativo mais uma vez não aprovou as rubricas relativas ao tema contidas na lei orçamentária de 1863.

Não se pode olvidar que, ao longo dos anos, o Governo não deixou de intervir, mesmo sem obter a aprovação do orçamento pelo Parlamento. A Administração executou a reforma do exército prussiano e efetuou gastos públicos mesmo sem a autorização legislativa. Ademais, teve a oportunidade de testar o seu poderio bélico, eis que se envolveu em dois conflitos militares, contra a Dinamarca e a Áustria, dos quais saiu duplamente vitorioso.

Assim, seja pelo decurso do tempo sem solução conciliatória para a crise, seja em razão das vitórias obtidas e da opinião pública favorável à reforma militarista, em 1866, ocorreram novas eleições na Prússia e o Governo, enfim, conseguiu maioria no Parlamento. Obteve-se a tão difícil sustentabilidade política. No entanto, para Otto von Bismarck, Chefe do Executivo nomeado pelo Monarca, o Parlamento havia se comportado de forma ilegal diante das reiteradas desaprovações das dotações orçamentárias relacionadas à reforma militar.

primeira conferência, intitulada 'O que é uma Constituição' foi realizada em abril de 1862 e a segunda, chamada 'E agora?' foi feita após nova dissolução do Parlamento, no final do ano de 1862. Nesta última, Ferdinand Lassale sugere que o Parlamento, uma vez eleito, suspenda, de forma indefinida, as suas sessões, a fim de que não tenha qualquer participação nos atos de caráter absolutista e inconstitucional cometidos pelo Governo. O objetivo do parlamentar era anunciar, internamente e no campo internacional que, na Prússia, apenas vigorava um 'pseudo-constitucionalismo'.

³⁹⁹ Cf. TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 43/44.

Em seu entendimento, o orçamento constituía um ato administrativo, sendo cabível ao Legislativo apenas efetuar sugestões à Coroa naquilo que entendesse como necessário. Competia ao Monarca a palavra final para efetuar as alterações recomendadas. A descontinuidade das ações estatais não poderia ser admitida. Por sua vez, ao equacionar a tensão, o Rei Guilherme I decidiu por buscar uma solução que conferisse legitimidade aos atos praticados. O Monarca encaminhou ao Parlamento uma declaração denominada “*bill de indemnidade*” solicitando a legitimação dos gastos públicos realizados anteriormente, desprovidos de autorização legislativa, sem que ensejasse quaisquer responsabilidades para os integrantes do Governo. Aprovada pelos parlamentares, o conflito foi politicamente sanado⁴⁰⁰.

Ressalta-se que a opção do Monarca foi por uma saída em tom conciliador, pois, ao contrário do que defendido por Bismarck, não quis desconsiderar o papel do Legislativo no processo orçamentário. O objetivo do Monarca era garantir a sua governabilidade futura e, acima de tudo, a sua permanência no poder. Apesar de a crise ter sido superada politicamente naquele momento, não havia no ordenamento prussiano uma solução consolidada para resolver o problema, caso ocorresse novamente.

Nesse cenário, a governabilidade era essencial para a manutenção da estabilidade política na Prússia. Somente com sustentação política, a Administração Pública poderia implementar o seu plano governamental sem intempéries institucionais e com maior legitimidade. Uma lição que não se limitou ao seu tempo, espaço e circunstância. O legado prussiano revelou que a governabilidade é um axioma fundamental na arena política das nações, inclusive e principalmente na contemporaneidade.

4.3 O custo da governabilidade

Percebe-se, portanto, que o problema em torno da conquista da governabilidade não é novo. Ao contrário. Faz parte do jogo de poder, do equilíbrio entre as forças e as funções políticas de cada um dos poderes. A questão que se levanta é saber como essa governabilidade é atingida, quais são os seus reais propósitos, os resultados efetivamente produzidos e os seus beneficiários diretos. Assim, é fundamental investigar o custo público para a obtenção da governabilidade política e os seus impactos na construção e na execução do orçamento.

⁴⁰⁰ Cf. TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 45. Nesse sentido, ver também RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 67.

No campo da ciência política, o processo da decisão governamental e os seus domínios foram objeto de estudo da linha de pensamento denominada *Public Choice*. As investigações desenvolvidas pela Teoria da Escolha Pública avaliam, sob o enfoque da ação humana individual, a relação da economia com o mercado, com o sistema eleitoral, com a burocracia estatal, com os políticos e com a política. E têm como objeto a escolha pública, a análise dos equívocos sistêmicos e governamentais e dos múltiplos fatores que interferem no processo de tomada da decisão política, inclusive no que diz respeito aos impactos produzidos para a conquista da governabilidade.

Os seus defensores sustentam que o Governo atua de forma interessada e calculada e não necessariamente republicana, tampouco em prol do atendimento de deveres constitucionais, uma vez que o foco principal dos governantes é chegarem e manterem-se no poder, além de satisfazerem as suas preferências pessoais e não da comunidade. Por essa razão, o comportamento dos gestores e das instituições por elas direcionados é conduzido para produzir esses resultados, que nem sempre coincidem com o interesse público e com a consciência coletiva.

O Estado, na realidade, é totalmente permeável aos interesses e grupos que compõem o cenário político, econômico e social. Há concreto risco de cooptação dos agentes políticos e de cometimento de tráfico de influência pelos grupos de interesse mais organizados⁴⁰¹. Essas agremiações que se aglutinam em torno de objetivos específicos não se limitam a grupos de categorias econômicas, estendendo-se para a defesa de interesses em diferentes searas, a exemplo dos interesses de natureza religiosa ou ideológica. Por sua vez, essas estruturas, que podem estar acopladas externa ou internamente no Governo, são capazes de direcionar a política e as decisões estatais a ponto de favorecer exclusivamente os seus interesses de grupo. Trata-se do fenômeno denominado *lobbying*⁴⁰².

⁴⁰¹ Os doutrinadores DANIEL SARMENTO e ALINE OSÓRIO (*Uma mistura tóxica: poética, dinheiro e financiamento das eleições*. Disponível em: <<http://goo.gl/uFg3AE>>. Acesso em: 24.05.2018) realizaram um estudo referente às eleições do ano de 2010 e constataram que 1% (um por cento) dos doadores das campanhas políticas contribuiu com 61% (sessenta e um por cento) da totalidade das contribuições realizadas. Desse quantitativo, dez doadores somente integralizaram 22% (vinte e dois por cento) das contribuições eleitorais. Por sua vez, no ano de 2012, os pesquisadores contabilizaram que esses mesmos dez doadores investiram a quantia aproximada de R\$ 92 milhões (noventa e dois milhões de reais) nas campanhas políticas, sendo que 75% (setenta e cinco por cento) deles correspondiam a empreiteiras.

⁴⁰² Sobre o tema, ver GORDON TULLOCK, ARTHUR SELDON, GORDON L. BRADY, *Government Failure. A primer in Public Choice*, op. cit., p. 40/51; NAZARÉ NAZARÉ DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D'OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro. Noções Fundamentais*, op. cit., p.373/378 e ANTONIO AUGUSTO BELLO RIBEIRO DA CRUZ, *Teoria da Escolha Pública – Uma visão geral de seus elementos sobre a ótica de Gordon Tullock em sua obra “Government*

O *lobbying* pode ou não ser regulado na ordem jurídica. Contudo, a depender do caso, a pressão desenvolvida pelos grupos de interesses pode degenerar-se para práticas antieconômicas e também para a corrupção. Fatores como as regras do sistema eleitoral, a forma dos financiamentos partidários, a assimetria informacional, a participação política da população e os mecanismos de fiscalização disponíveis tendem, em maior ou menor grau, a incentivar a desnaturação do instituto. Se encontrarem ambiente favorável, os detentores dos mandatos políticos, utilizando-se das suas funções e do poder de decisões inerente às suas posições, criam e/ou manipulam políticas públicas e o orçamento em favor de certos grupos de interesse, não raro, em troca de vantagens pessoais e financeiras. As disfuncionalidades e perversões do processo político explicam, em grande medida, o fato de os compromissos eleitorais nem sempre serem realizados pelos ocupantes de mandatos eletivos, após as suas respectivas eleições.

Por essa razão, a busca dos gestores pela governabilidade deve levar em consideração essa arquitetura institucional, desenhada por múltiplos grupos de interesse e a sua potencial capacidade de influir no processo decisório. Logo, possui custos que não passam despercebidos. Ao fazer a avaliação do sistema, com todas as suas iniquidades, a escola da *Public Choice* apresenta uma postura cética com relação à burocracia e ao intervencionismo estatal, aos partidos políticos, aos políticos e à própria democracia⁴⁰³. Em síntese, para os adeptos da escola da *Public Choice*, o político age da mesma maneira que os demais seres humanos, privilegiando a satisfação de suas preferências pessoais. É, portanto,

Failure. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/revista/producao/cientifica/antonioaugustocruzteoriadaescolhapublica.pdf>>. Acesso em: 01.03.2018 e FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à economia*, 3ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2005, p. 602/605. Ao analisar a pressão do *lobbying* e da corrupção, o professor catedrático da Universidade de Lisboa ressalta que a busca por vantagens extra-mercado promove a criação de um mercado paralelo que negocia uma “mercadoria” peculiar, com impactos nas instituições políticas. Os resultados são os cometimentos de práticas abusivas e distorcidas, que exploram com máxima intensidade os efeitos da assimetria informativa, da descentralização política e da descoordenação entre as instituições públicas.

⁴⁰³ Cf. NAZARÉ DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro. Noções Fundamentais*, op. cit., p.360/361. Para os autores, a Teoria da *Public Choice* não pode ser vista como uma escola ideologicamente neutra, na medida em que tem afinidades com a mensagem liberal conservadora. Os doutrinadores analisam que os efeitos da Teoria da Escolha Pública foram tão corrosivos quanto eficazes, na medida em que rediscutiu o papel do Estado, recuperou a figura do *Leviathan* e pôs em dúvida a legitimidade da política e da democracia. A respeito da Teoria da *Public Choice* ver, ainda, JAMES BUCHANAN (*Public Choice: Politics without romance*, op. cit.; ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, op. cit., p. 84/86; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 15/16; MARCO ANTONIO DIAS, *James Buchanan e a ‘política’ na escolha pública*, op. cit., GARY S. BECKER, *A theory of Competition among pressure groups for political influence*, *Quartely Journal of Economics*, op. cit., p. 371/400; PAULO TRIGO PEREIRA, *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal*, op. cit. e MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas”, op. cit., p. 231/240.

passível de equívocos e de arbítrios em seu processo decisório, não condizentes com as necessidades sociais.

Há, ainda, estudos no sentido de que os gastos para a obtenção da governabilidade aumentam nos países com maior número de legisladores e de partidos políticos. Para os seus defensores, o consenso dificilmente é obtido nos sistemas caracterizados por junções multipartidárias e tendem a gerar democracias insustentáveis ou de árdua concretização⁴⁰⁴. Nessas hipóteses, a cena política exige negociações, troca de votos, não sendo incomum o surgimento do fenômeno denominado *pork barrel politics* ou *logrolling*⁴⁰⁵. Por seu intermédio, os políticos buscam assegurar o máximo possível de recursos públicos para atender aos seus currais eleitorais, uma vez que a satisfação dos seus eleitores aumenta as suas probabilidades de votos e, por conseguinte, de manutenção no poder. Tais políticas possibilitam que os interesses de uma determinada circunscrição, dotada de maior representatividade eleitoral, sejam atendidos em detrimento de outra, com menor influência política, ainda que detentora de interesses e prioridades mais prementes. Por sua vez, os custos para as operacionalizações dessas políticas são distribuídos de forma generalizada, financiados inclusive por aqueles que não constituem os seus beneficiários diretos. O desenvolvimento das *pork barrel politics* é especialmente favorecido nos ambientes políticos em que a Administração Pública central possui liderança nacional fraca. O problema é que a acomodação dos interesses setoriais pode acarretar disfunções de ampla intensidade, atingindo o sistema político eleitoral, promovendo

⁴⁰⁴ Nesse sentido, ver NOURIEL ROUBINI e JEFFREY D. SACHS, *Political and Economic Determinants of Budget Deficits in the industrial democracies*, European Economic Review, vol. 33, mai./1989, p. 903/938. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0014292189900020>>. Acesso em: 30.01.2016. Consultar, também, JAMES M. POTERBA, *State Response to Fiscal Crises: The Effects of Budgetary Institutions and politics*, Journal of Political Economy, vol. 102, nº 04, ago./1994, p. 799/821. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2138765?seq-1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 30.01.2016.

⁴⁰⁵ Sobre as *Pork Barrel politics* e o *logrolling*, destacam-se os autores JAMES BUCHANAN, *Public Choice: Politics without romance*, op. cit. e DIANA EVANS, *Pork Barrel Politics*, The Oxford Handbook of the American Congress, may/2011. Disponível em: <http://calgara.github.io/Pol1_Fall2017/Evans_pork_2011.pdf>. Acesso em: 10.04.2018. Assim, também, NAZARÉ DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D'OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro. Noções Fundamentais*, op. cit., p.3370/373; CARLOS PEREIRA e BERNARDO MUELLER, *Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*, Revista de Ciências Sociais, vol. 45, nº 02, Rio de Janeiro, 2002, p. 265/301; BARRY AMES, CARLOS PEREIRA e LUCIO R. RENNÓ, “Famintos por pork: uma análise da demanda e oferta por políticas localistas e suas implicações para a representação política”, In Timothy Power e Cesar Zucco, *O Congresso por Ele Mesmo. Autopercepções da Classe Política brasileira*, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2011, p. 240; LUCÍO R. RENNÓ, “Corruption and Voting”, In Timothy Power and Matthew M. Taylor (Orgs.), *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2011, p. 56/80; LUCIO R. RENNÓ, *Coletânea de Políticas Públicas de Cultura: Práticas e Reflexões*, vol. 01, 1ª edição, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011 e ANTONIO AUGUSTO BELLO RIBEIRO DA CRUZ, *Teoria da Escolha Pública – Uma visão geral de seus elementos sobre a ótica de Gordon Tullock em sua obra “Government Faillure”*, op. cit.

a manipulação no sistema tributário e o fatiamento do orçamento público, por meio de uma pactuação irracional entre o Governo e o Parlamento, em contraposição ao planejamento governamental.

De qualquer forma, ainda que os apontamentos trazidos pelos diferentes estudos sejam recepcionados com ressalvas, seja pela afinidade ideológica que mantém com outras correntes do pensamento de índole liberal, seja porque fragilizam a própria legitimidade estatal ou, então, em razão de limitarem as ações das instituições políticas e sociais a um produto resultante apenas das lógicas individuais, fato é que os diagnósticos trazidos relatam graves iniquidades no jogo político, as quais não podem passar despercebidas, sem que haja um concreto enfrentamento.

Nesse sentido, é preciso aprofundar as investigações no tema e identificar como a cooperação entre os poderes, a governabilidade e os impactos orçamentários se desenvolvem em terras brasileiras.

No Brasil, vigora o sistema presidencialista⁴⁰⁶. De acordo com o tratamento conferido ao orçamento público pela Constituição Federal de 1988, recai sobre o Presidente da República a responsabilidade para a sua elaboração, execução e avaliação. Por sua vez, encontra-se no rol de competências do Congresso Nacional o poder de criar impostos, bem como de deliberar e aprovar as peças orçamentais. Consta-se que para conseguir implementar os seus projetos, o Executivo precisará do apoio do Legislativo. De outro lado, para que as emendas propostas após a deliberação orçamental sejam efetivamente concretizadas, os parlamentares dependem de intervenções concretas do Governo, na fase executiva⁴⁰⁷. Logo, o texto constitucional estipula, formalmente, cada uma das etapas do

⁴⁰⁶ Na estrutura jurídico-constitucional do presidencialismo, o Chefe do Estado, eleito pelo sufrágio popular, com a atribuição de liderar o Poder Executivo não tem responsabilidade política perante o Legislativo, tal como se verifica no sistema parlamentarista. Já no que diz respeito à relação entre o Presidente da República e o Congresso, JORGE REIS NOVAIS (*Teria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 185) a expõe como “a de um casamento sem divórcio”. Significa dizer que, durante o transcurso do mandato eleitoral, ambos precisam conviver em harmonia, sem oposições que inviabilizem a governabilidade, apesar das inevitáveis divergências de opiniões, presentes em qualquer democracia representativa.

⁴⁰⁷ SERGIO HENRIQUE HUDSON DE ABRANCHES (*Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro*, IUPERJ, Rio de Janeiro, 1988, p. 08/10) analisou os dilemas vivenciados na conjuntura política e econômica brasileira antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Segundo o autor, qualquer que fosse o sistema de governo regulamentado, a Assembleia Constituinte sabia que os obstáculos a serem ultrapassados seriam grandes. O representante do Executivo teria que conviver com múltiplas demandas sociais, além de conflitos distributivos, em um Estado que se encontrava em crise fiscal, com problemas de legitimidade e de capacidade de gestão. Para enfrentá-los o Legislador Constituinte optou por criar um sistema institucional que teria que respeitar a eficácia decisória da maioria e que teria que conviver com grupos heterônomos de representantes, que pudessem influir nas decisões, conferindo-lhes maior legitimidade. O sistema de governo escolhido pelo Poder Originário foi o denominado pelo autor de presidencialista de coalisção.

processo orçamentário e delimita, individualmente, as competências dos poderes Executivo e Legislativo.

Contudo, é impossível não se perguntar como essa relação se desenvolve na prática e qual o custo da governabilidade no Brasil. A luta pela governabilidade no país tem sido objeto de intensos debates no campo do direito e da ciência política.

Ao analisar o alinhamento entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no sistema presidencialista nacional, há quem conclua que o desenho institucional vigente não ocasiona fatalmente a ingovernabilidade. Para os defensores desse entendimento⁴⁰⁸, a Constituição Federal contém instrumentos suficientes para assegurar a estabilidade política entre os Poderes da República, capaz de permitir que o Presidente da República governe para todos, ou seja, realize os seus programas governamentais em prol da nação, concebida como um todo indivisível e não somente em benefício de interesses pontuais e setorializados. Tudo depende de o Chefe do Governo fortalecer a sua liderança e as suas capacidades gerenciais, a fim de apaziguar tensões naturais e ínsitas à arena política. Entre as estratégias disponibilizadas pela Carta Magna merece destaque as múltiplas competências, inclusive legislativas do Executivo. O Presidente da República tem em suas mãos o poder de editar medidas provisórias, a possibilidade de veto aos projetos de leis aprovados pelo Congresso Nacional e o protagonismo na execução orçamental, ou seja, a posse da chave dos cofres públicos. Ferramentas estas que lhe foram colocadas à disposição pelo Legislador Originário para que seja possível o atingimento da sustentação política, a partir da paridade de armas e de um equilíbrio entre os poderes da República.

Para chegar às suas conclusões, o autor Fernando Limongi⁴⁰⁹ realizou estudos

Ver também, ALEXSANDRA KATIA DALLAVERDE, “A atuação parlamentar no exercício do controle financeiro e orçamentário”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1235/1253 e CÉSAR DE MORAES SABBAG, “Breves considerações sobre deficiências estruturais do sistema orçamentário brasileiro. Propostas para incrementar a legitimidade e a eficiência do modelo”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 453/460.

⁴⁰⁸ Em destaque, FERNANDO LIMONGI e ARGELINA FIGUEIREDO, *Bases institucionais do presidencialismo de coalização*, Revista de Cultura e Política Lua Nova, nº 44, São Paulo, 1998, p. 81/106; MARIA RITA LOUREIRO e FERNANDO LUIZ ABRUCIO, *Política e Burocracia no presidencialismo brasileiro: o papel do Ministério da Fazenda no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso*, Revista Brasileira Ciências Sociais, v. 14, nº 41, São Paulo, 1999, p. 69/89; VICENTE PALERMO, *Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestões de governo*, v. 43, nº 03, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000300004>. Acesso em: 02.04.2018. Ver, ainda, FERNANDO LIMONGI, *A democracia no Brasil. Presidencialismo, coalização partidária e processo decisório*, Novos Estudos – CEBRAP, nº 76, São Paulo, nov. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002>. Acesso em: 28.04.2018.

⁴⁰⁹ Cf. FERNANDO LIMONGI, *A democracia no Brasil. Presidencialismo, coalização partidária e*

empíricos em relação aos projetos de lei apreciados pelo Parlamento, no período pós Constituição de 1988, e concluiu que 90% (noventa por cento) dos parlamentares basearam os seus votos em conformidade às recomendações proferidas pelos líderes partidários, tratando-se de um processo legislativo coerente, disciplinado e previsível. Além da estabilidade do processo legislativo brasileiro entre os seus pares, o doutrinador identificou um elevado percentual de harmonia entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Nos projetos de iniciativa do Governo, o grau de adesão dos congressistas em relação à proposição governista foi notoriamente majoritário. Por outro lado, os estudos não analisaram as razões que conduziram os congressistas para esse alinhamento, as matérias envolvidas, os períodos do ano em que os projetos de iniciativa do Governo foram votados, tampouco os correlacionaram com a aproximação dos pleitos eleitorais e com as liberações de emendas parlamentares àqueles que votaram favoravelmente.

Dessa feita, os defensores dessa linha de entendimento sustentam que o sistema brasileiro traz mecanismos que possibilitam o Poder Executivo ultrapassar crises que provoquem o imobilismo político e concretizar a sua agenda política. Em outras palavras, as balizas institucionais existentes no sistema forçam a cooperação e a harmonia entre os poderes.

Em teoria, a análise do sistema constitucional que regulamenta o funcionamento dos poderes decisórios prenuncia a governabilidade. Os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo dispõem, no ordenamento, de ferramentas que contribuem para o equilíbrio nas suas relações interinstitucionais. Principalmente no campo orçamental, a Presidência da República ocupa propositadamente um lugar de destaque. A intenção é de que a Administração, conhecedora mais proximamente das necessidades sociais, conduza a atuação coordenada das demais instituições políticas nacionais, em busca da efetivação dos interesses públicos.

De fato, no plano abstrato, o desenho sistêmico parece funcionar bem e em compatibilidade aos objetivos constitucionais. Mas, é válido destacar que os instrumentais disponíveis foram idealizados para serem empregados pelos seus operadores em um jogo

processo decisório, op. cit. A pesquisa realizada pelo autor, no período entre 1988 e 2006, considerou dois indicadores para a interpretação do funcionamento das instituições políticas e das suas regras formais e informais. São eles: as taxas de sucesso dos projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo e as taxas de dominância em relação à produção legislativa, no país. Segundo os dados contabilizados pelo pesquisador, 89,4% (oitenta e nove, vírgula quatro por cento) dos parlamentares acompanhavam as indicações do líder partidário, possibilitando a previsão correta de mais de 90% (noventa por cento) das votações. O sucesso do Executivo em relação aos projetos por ele encaminhados também é significativo, sendo superior a 70% (setenta por cento).

institucional que pressupõe o cumprimento das regras preestabelecidas. Ou seja, um jogo que precisa ser limpo, transparente, probo e coerente com os ditames da Constituição Federal. De acordo com essa concepção ética e jurídica, as intervenções no âmbito público devem basear-se nos ideais republicanos, estar em consonância com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, além de voltarem-se ao bem comum. Nessa conformidade, a pauta perquirida pelos representantes eleitos deve-se vincular aos interesses e valores dos seus representados ao longo do mandato e não somente no curso do pleito eleitoral. De igual forma, a participação política dos cidadãos deve ser exercida livremente, de forma contínua e efetiva.

Para que esse círculo sistêmico virtuoso funcione todas as engrenagens devem estar aptas a produzir os resultados esperados e os seus operadores precisam ter esse mesmo propósito. Não há democracia que sobreviva ao menoscabo e/ou ao arbítrio. A democracia é feita por homens e mulheres que precisam estar motivados e unidos no objetivo de exercerem as suas cidadanias ativa e passiva, a fim de formarem um Estado íntegro, reto e equitativo⁴¹⁰.

Ocorre que a realidade brasileira é repleta de peculiaridades. Pode-se afirmar que a arquitetura institucional idealizada, no plano abstrato, não se reflete, com rigor, na prática. Com efeito, a ordem constitucional introduzida pela Carta Magna de 1988 sofreu um processo de transmutação. E muito desse fenômeno provém de uma herança cultural que trata a arena política como palco de relações guiadas pelos mais diversos interesses, inclusive pelas amizades, pelas indicações, pelos interesses pessoais de cada um dos seus participantes, em prejuízo daqueles que não tem penetração e, logo, pouco ou nada usufruem do sistema posto. Ousa-se afirmar, sem medo, que os prejuízos provocados por essa equivocada, mas notória arquitetura institucional de poder são intergeracionais, o que acarreta o desenvolvimento de uma massa de excluídos condenados, antes mesmo dos seus nascimentos, ao degrado institucional e social⁴¹¹.

⁴¹⁰ Nesse sentido, não são despiciendas as observações feitas por JEAN JACQUES ROUSSEAU (*Do Contrato Social*, op. cit., p. 130) ao analisar o funcionamento do sistema político. Em suas palavras: “Numa cidade bem dirigida, todos votam nas assembleias; sob um mau governo, ninguém aprecia dar um passo para isso fazer, porque ninguém se toma de interesse pelo que se faz, prevendo que a vontade geral não prevalecerá, e porque, enfim, os cuidados particulares tudo absorvem. As boas leis permitem que se façam outras melhores; as más conduzem às piores. Tão logo diga alguém, referindo-se aos assuntos do Estado, que me importo? Pode-se ter a certeza de que o Estado está perdido”. Para ROBERT A. DAHL (*Sobre a democracia*, Ed. Unb, Brasília, 2009, p. 144), o êxito democrático depende, essencialmente, de consistência, legitimidade e lealdade entre os cidadãos e as elites políticas.

⁴¹¹ Cf. JESSE SOUZA, *A elite do atraso*, op. cit., p. 100/101. Ao analisar o comportamento social e os seus impactos na seara pública e na democracia brasileira, o sociólogo SERGIO BUARQUE DE HOLANDA

As tensões provocadas por um sistema que não se abre para modificações substantivas no plano político-institucional pode ser vista, diuturnamente, no país. A exclusão social é refletida, por exemplo, nos índices de analfabetismo funcional⁴¹², em que pese ser assegurado o direito ao voto a todos os maiores de 16 (dezesseis) anos⁴¹³. A pouca efetivação dos direitos sociais, primordialmente em sua dimensão prestacional comprova a despreocupação sistemática dos governantes e dos legisladores com o incremento da participação política dos cidadãos. A ponto de se perguntar, por mais paradoxal que possa aparentar, se aos políticos brasileiros interessam reforçar as ferramentas constitucionais da democracia direta e de soberania popular. Uma coisa é certa. Para aqueles políticos que almejam por efetivas mudanças sistêmicas e pelo estrito cumprimento da Constituição a resposta somente pode ser afirmativa. A construção de um consistente Estado Democrático de Direito depende essencialmente disso⁴¹⁴.

(*Raízes do Brasil*, 26ª edição, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1995, p. 85 e 160) destaca que: “A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido”. A família patriarcal constitui o grande modelo por onde a vida política se funda. As relações entre governantes e governados são desenvolvidas como um prolongamento do ambiente doméstico, produtos de relacionamentos paternais, sem bases racionais, regulares e previsíveis. Para o doutrinador, os interesses da aristocracia rural importou o regime democrático e o encaixou no sistema político nacional de modo a não inviabilizar os seus privilégios, como uma “fachada ou decoração externa”, imposto de cima para baixo, sem risco de prejudicar a perpetuação daqueles que ocupam o poder. Nesse mesmo sentido, LEONARDO AVRITZER (*Modelos de Deliberação Democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*”, In Boaventura de Sousa Santos (Org.), *Democratizar a democracia*, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, p.561/598) retrata que o processo de democratização, no Brasil, foi descontínuo e repleto de instabilidades, o que gerou vulnerabilidades sociais extremas, mesmo após a redemocratização vivenciada na década de oitenta do século passado. O autor ressalta que o processo político brasileiro atual é composto por resquícios do autoritarismo de outrora, influenciado por práticas clientelistas, reforçadas pela institucionalização das emendas parlamentares e de um orçamento personalista.

⁴¹² Segundo o Indicador de Analfabetismo Funcional – INAF, o índice de analfabetos funcionais no Brasil, no ano de 2016, correspondeu a 27% (vinte e sete por cento) da população. Desse quantitativo, 81% (oitenta e um por cento) tem apenas o ensino fundamental, completo ou incompleto, sendo 52% (cinquenta e dois por cento) das pessoas do sexo masculino. Disponível em: <http://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2016/09/INAFEstudosEspeciais_2016_Letramento_e_Mundo_do_Trabalho.pdf>. Acesso em: 01.05.2018.

⁴¹³ De acordo com o artigo 14, §1º da Constituição Federal, o alistamento eleitoral e o voto são imperativos para os maiores de 18 (dezoito) anos e facultativos para os analfabetos, para aqueles indivíduos que tenham entre 16 (dezesseis) e 17 (dezessete) anos e para os maiores de 70 (setenta) anos.

⁴¹⁴ Concordamos com JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 92/100) quando o constitucionalista português ressalta que o Estado Constitucional, para conter as qualidades identificadas como relevantes pelo constitucionalismo moderno, deve constituir um verdadeiro Estado de Direito Democrático. De nada adianta o Estado ser regido por leis, sem legitimidade democrática. Por sua vez, existem formas de dominação política, ainda que consentidas pela maioria, que faz com que seja imprescindível a submissão do Estado ao direito. Logo, essa conexão entre democracia e direito deve ser íntima. Depende essencialmente do princípio da soberania popular e da sua consonância aos procedimentos juridicamente regulamentados. Esse equilíbrio é essencial para evitar disfunções sistêmicas, como as apontadas por NOBERTO BOBBIO (*O futuro da democracia*, op. cit., p. 47), em que os representantes eleitos acabam por constituir uma categoria atípica, disposta à parte do sistema, mas nele determinante. Trata-se dos políticos de profissão. Aqueles que não vivem para o cumprimento do dever legal de prestar os seus serviços à comunidade, mas que vivem da política, como um fim em si mesmo. E que se utilizam do cargo e das suas prerrogativas como próprias, as quais são vistas mais como privilégios do que como garantias para o correto

Em verdade, de nada adianta mudar as regras formais, se o código de conduta informal, nas entranhas do poder público e mesmo fora dele, não as respeitar. De nada adianta promulgar-se uma Constituição se o estado inconstitucional remanescer nas escolas, nos hospitais, nas penitenciárias e em outras instalações públicas. As deturpações sistêmicas são profundas demais e persistem na cultura e na história do povo brasileiro⁴¹⁵. De sorte que é recomendável que o sistema disponha de mecanismos que limitem a tomada das decisões políticas governamentais desprovidas de racionalidade e de motivação, inclusive por meio da responsabilização dos agentes públicos que cometam práticas desviantes.

Enfim, a análise do plano político-institucional pátrio envolve essas reflexões precedentes. Prossegue-se, agora, no desenvolvimento do *stablishment* nacional, no custo da governabilidade no país e os seus impactos orçamentários.

O funcionamento institucional no Brasil deve levar em consideração não apenas o sistema de governo presidencialista, mas também fatores afetos ao federalismo e à natureza fragmentada dos partidos políticos que compõem o Parlamento e que interferem diretamente no poder governamental decisório, bem como no desempenho das atividades públicas⁴¹⁶.

exercício do poder político.

⁴¹⁵ No final da década de cinquenta do século passado, o sociólogo RAYMUNDO FAORO (*Os donos do poder*, vol. 1, Ed. Globo, São Paulo, 2000, p. 350/351) analisou o tratamento ficcional dado às leis no país, o que contribui para a utilização da função pública para o cometimento de malversações. A atualidade das suas colocações ecoa e revela um elo de continuidade na prática de condutas nada republicanas, para fins de perpetuação do poder. O ciclo aqui não é virtuoso. É vicioso. Em suas palavras: “A teia constitucional do primeiro lustro de trinta mostra a dissonância entre as instituições transplantadas e a realidade política.(...) O mecanismo criado pela lei, dessa sorte, não se conjuga a um núcleo de interesses, valores e costumes homogêneos, pela igualdade soldados uns aos outros. A lei, para se impor, recorre aos seus instrumentos artificiais: artificial a autoridade, artificial serão todos os elos de comando. O cargo público, a velha realidade do estamento, será o único foco de poder, poder que dá prestígio, enobrece, propicia e legitima a riqueza. Mandar e não governar será o alvo – mando do homem sobre o homem, do poderoso sobre o fraco, e não o institucionalizado comando, que impõe, entre o súdito e a autoridade, o respeito a direitos superiores ao jogo do poder”.

⁴¹⁶ O autor BARRY AMES (*Os entraves da democracia brasileira*, op. cit., p. 17/29) detectou esse fenômeno na política brasileira. Segundo ele, as instituições pátrias vão mal. Ao analisar os motivos dos entraves na democracia no país, Barry Ames citou o sistema eleitoral, as regras de formação dos partidos políticos, o sistema presidencialista e a descentralização política federativa, os quais ocasionam uma crise permanente de governabilidade. E complementou que os políticos tendem a maximizar os seus ganhos pessoais e não priorizam os interesses da coletividade. Nessa conformidade, SERGIO HENRIQUE HUDSON DE ABRANCHES (*Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro*, op.cit., p. 10/12) classificou a convivência entre o presidencialismo e inúmeros partidos políticos como de “*difícil combinação*”. Outro não foi o entendimento de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (*Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*, op. cit., p. 138) ao afirmar que o número excessivo de partidos obstaculiza em demasia a definição da maioria, tornando-a instável. Ademais, leva a um trabalho parlamentar incoerente, favorecendo barganhas indignas. A situação é agravada se os muitos partidos não possuem disciplina interna e se dividem em alas que perseguem não raras vezes, interesses fisiológicos ou eleitoreiros. Para JORGE REIS NOVAIS (*Teoria das formas políticas e dos sistemas de governos*, op. cit., p. 191/193), o multipartidarismo e as coalizões fragmentadas, instáveis e dissonantes de fundamentos ideológicos e programáticos favorecem práticas espúrias

Por um lado, a coordenação governamental no denominado Presidencialismo de coalizão confere ao Poder Executivo Federal um papel central, em termos legislativos e administrativos, se comparado aos demais entes federados. Lado outro, apesar do protagonismo do Governo Federal, o Presidente da República não governa sozinho e depende do apoio parlamentar e federativo para viabilizar a sua agenda política nacional diante das preferências políticas que se perfazem mais em torno de interesses estaduais, municipais e regionais.

Essa situação é agravada por um sério problema de representação política enfrentado no país. Nem sempre se verifica compatibilidade entre a vontade da população e os atos praticados pelo Chefe do Executivo e pela maioria dos parlamentares. O distanciamento entre representantes e representados causa uma crise de representatividade, com consequências nefastas à democracia brasileira. Isso porque provoca concreto desvirtuamento dos ideais democráticos, falta de credibilidade nos políticos e na política em si, bem como desinteresse dos cidadãos em relação aos pleitos eleitorais. Como causas desse problema central de representação política, tem-se um total desligamento dos congressistas com os seus respectivos partidos políticos. De outro lado, os próprios partidos não apresentam bandeiras e ideologias claras tanto no campo teórico como, principalmente, quando avaliados no âmbito prático, das ações políticas. Além disso, a penetração dos grupos de pressão e dos seus interesses é facilitada no ordenamento jurídico, posto que, no Brasil, não há legislação que regulamente atividades dessa natureza, perante os Poderes Legislativo e Executivo⁴¹⁷.

A ordem política brasileira constitui um sistema baseado em coalizões multipartidárias, composto por diversos partidos políticos fragmentados, muitos deles com pouca representatividade no cenário nacional, o que pode dificultar a sustentação política da Presidência da República e, até mesmo, tornar a gestão pública ingovernável. A situação de sustentabilidade se agrava na medida em que tanto os representantes do Executivo, quanto os do Legislativo são eleitos diretamente e de forma independente pelos cidadãos, sem que haja a necessidade de atuarem de forma conjunta ou, ao menos, coordenada. Ocorre que, para solidificar a sua governabilidade em um sistema partidário vasto e repleto de diversidades

de compadrio e de barganha político-partidária.

⁴¹⁷ Cf. ALEXANDRE DE MORAES, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, 3ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2013, p. 28/32. Sobre a crise no sistema representativo ver, também, DALMO DE ABREU DALLARI, *O renascer do direito*, 2ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 131/132; OSVALDO AGRIPINO CASTRO JÚNIOR, *A democratização do poder judiciário*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 15/17 e JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO, *A construção democrática*, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1998, p. 69/72.

regionais, o Executivo assume riscos que não podem ser desconsiderados⁴¹⁸. Para evitar bloqueios ensejadores de ingovernabilidade e a degradação institucional, busca-se, incansavelmente, o apoio da maioria parlamentar, através do fornecimento de vantagens aos parlamentares em troca de apoio e adesão aos programas da Administração Pública federal.

A busca irrestrita por sustentação majoritária promove a associação de múltiplos partidos de concepções ideológicas distintas, distanciando-os das suas afinidades programáticas⁴¹⁹. Com isso, as relações entre o Executivo e o Legislativo são mais pessoalizadas, desprovidas de contraditório público e, muitas vezes, sem apego aos ideais partidários. A luta pela obtenção da maioria pode ser construída, ainda, em bases fisiologistas, com distribuições de cargos e demais benefícios governamentais.

Em suma, é possível delimitar os principais dilemas do sistema político do Brasil.

⁴¹⁸ Sobre o presidencialismo de coalização, a pluralidade de partidos políticos, bem como dos seus interesses e os efeitos das negociações em torno da governabilidade, ver CARLOS PEREIRA e BERNARDO MUELLER, *Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*, op. cit., p. 265/301; SERGIO HENRIQUE HUDSON DE ABRANCHES, *Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro*, op. cit., p. 01/33; ANDREÁ FREITAS, *O Presidencialismo da coalização*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Rio de Janeiro, 2016; FERNANDA LIMA E SILVA, *Coordenação Governamental no Presidencialismo de Coalizão brasileiro: Estudo de caso sobre o Ministério das Cidades no Governo Lula*, Dissertação Mestrado apresentada perante a Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014; GUILHERME SARAIVA GRAVA, *Direito, Desenvolvimento e Transformações Institucionais: Como o Congresso Nacional regulou a Comissão Mista do Orçamento entre 1988 e 2015?*, Dissertação Mestrado apresentada perante a Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017 e MARCELO MINGUELLI, *Espaço Público e orçamento público: o plano ético e jurídico institucional em crise*, op. cit. Nesse sentido, destaca-se ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos, 3ª tiragem*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2013, p. 289/290. Para o autor, o custo político das negociações travadas entre o Executivo e o Legislativo é significativo. Enseja dispêndio de energia dos representantes do Governo, que acarreta desde a paralisação das suas atividades ordinárias até a necessidade de concessões no preenchimento de cargos públicos ou na priorização de gastos orçamentários. Ademais, o constitucionalista paulista assinala que para adquirir governabilidade, o Executivo tende a ser parcimonioso com as propostas que apresenta, excluindo aquelas que tratem de temas polêmicos, sendo essa umas das causas que tem dificultado o andamento de reformas importantes e igualmente controversas no Legislativo, tais como as reformas política e da previdência. Em sentido contrário, FERNANDO LIMONGI e ARGELINA FIGUEIREDO, *Bases institucionais do presidencialismo de coalização*, op. cit., p. 81/106.

⁴¹⁹ Cf. FERNANDO MOUTINHO RAMALHO BITTENCOURT, *Relações Executivo-Legislativo no Presidencialismo de Coalizão: Um quadro referência para estudos de orçamento e controle*, Textos para Discussão nº 112, Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, Brasília, abr./2012, p. 01/47. Com o mesmo entendimento, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 403. Esse autor, inclusive, destaca a constante troca de partidos políticos entre os parlamentares, o que dificulta a identificação ideológica partidária por parte dos eleitores e causa um significativo esvaziamento nos conteúdos dos debates públicos travados no Congresso Nacional. Nessa linha de pensamento, CARLOS RANULFO MELO (*Retirando as cadeiras do lugar. Migração Partidária na Câmara dos Deputados*, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2004, p. 24) ressalta que, no Brasil após a redemocratização, a migração intrapartidária no interior das casas legislativas assumiu uma natureza endêmica. Apesar de ser admitida pela legislação e de ser periodicamente cometido pelos representantes eleitos, o fenômeno que envolve modificações na composição partidária do Congresso Nacional trouxe um novo elemento de instabilidade nas bancadas nacionais dos partidos. Ademais, provoca modificações com reflexos drásticos nas bancadas estaduais, afetando em demasia a representatividade do sistema partidário parlamentar, uma vez que esse passou a se afastar, sem a intermediação do eleitor, do sistema partidário eleitoral.

Primeiramente, há inúmeros partidos políticos⁴²⁰, muitos deles sem compromissos ideológicos ou programáticos, o que prejudica a identificação das causas e das opiniões por eles representadas. A imigração intrapartidária também é outro fenômeno corriqueiro no Congresso Nacional que merece atenção, pois introduz instabilidade na formação das bancadas nacionais dos partidos. O resultado é que esses partidos políticos costumam formar coalizões multipartidárias pouco sólidas, que flutuam de acordo com interesses nem sempre republicanos. Para além das tensões no Parlamento, o Governo tem que lutar para assegurar a sua sustentação no âmbito da própria Administração. Os Ministros e demais agentes detentores de cargos no alto escalão governamental, apesar de serem de livre nomeação e exoneração do Presidente da República, podem advogar, ainda que o façam de forma velada, por interesses divergentes da agenda do Chefe do Executivo, mas em conformidade aos anseios dos partidos ou dos “caciques eleitorais” que os indicaram para o cargo. Em todos esses casos, a estabilidade nas relações políticas é fruto de negociações e trocas entre gestores, partidos, parlamentares e grupos organizados detentores de poder político, econômico e social. É inegável que a sustentação depende, em grande medida, da força política do Chefe do Executivo, que deve essencialmente basear-se na legitimidade democrática do gestor e na sua capacidade de liderar e implementar a sua agenda nacional. Por outro lado, não se ignora que para manter a governabilidade e a cooperação entre os poderes, o Poder Público faz uso de todas as armas institucionais de que dispõem. O orçamento público talvez seja a mais poderosa delas⁴²¹. A depender do seu manuseio será possível avaliar se o custo para a obtenção da unidade de coalizão é inadmissivelmente elevado em termos éticos e financeiros.

No campo orçamental, a Administração Pública utiliza-se do protagonismo que

⁴²⁰ Segundo informações do Tribunal Superior Eleitoral, existem 36 (trinta e seis) partidos políticos registrados, oficialmente, no país. Deste quantitativo, apenas 23 (vinte e três) possuem representação no Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 15/12/2016.

⁴²¹ Conforme LEONARDO AVRITZER (*Modelos de Deliberação Democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*, op. cit., p. 572/573), o processo político brasileiro promove a pulverização dos recursos públicos. O Congresso Nacional esvazia o poder decisório do Governo, condicionando os seus votos à liberação de dinheiro para o atendimento das necessidades das suas bases eleitorais. Nessa linha de pensamento, tem-se MARCELO MERIGUELI, *Espaço público e orçamento público: o plano ético e jurídico-institucional em crise*, op. cit., p. 182 e EMERSON GARCIA, *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*, op. cit., p. 207/208. Para esse autor, os recursos públicos são injetados em ações políticas e partidárias, por meio da liberação de verbas orçamentárias e da realização de contratações públicas ocorridas nas vésperas do pleito eleitoral. Assim, as “negociações” entre o Executivo e o Legislativo possibilitam uma maior visibilidade ao parlamentar contemplado com tais benesses, as quais são arrecadadas da população em geral, principalmente através dos impostos. Sobre o oportunismo do ciclo político orçamentário, ver NAZARÉ DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIR MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 362/370.

exerce durante as fases de elaboração e de execução orçamentária como estratégia para conseguir o apoio parlamentar necessário nas votações que discutam projetos do seu interesse. Se os parlamentares se mantiverem fiéis à base do Governo, terão mais chances de que suas emendas sejam concretizadas pelo Executivo. Não por acaso, tais emendas costumam ser concretizadas no final do exercício financeiro, após a análise comportamental de cada um dos legisladores, pelo gestor. Trata-se de uma moeda de troca.

Nesses termos, os acordos de cooperação política são amplos e, muitas vezes, precedem e ultrapassam os arranjos orçamentários expressamente dispostos na Constituição Federal. É o que veremos a seguir.

4.4 A busca pela governabilidade e os seus impactos no ciclo orçamentário brasileiro

Ao elaborar o orçamento público, o Chefe do Executivo repassa à Secretaria de Orçamento Federal - SOF, ligada ao Ministério do Planejamento, a atribuição de realizar a coordenação e o detalhamento do projeto orçamentário. No que diz respeito à Lei Orçamentária Anual, a Secretaria prevê a totalidade das receitas e despesas para os Ministérios, definindo o teto de gastos para cada um deles.

Com essas informações em mãos, os Ministérios começam a elaborar os programas e suas respectivas ações, os quais serão contemplados no estatuto orçamental. Para tanto, solicitam que os seus diversos órgãos e unidades, verdadeiras ramificações da Administração, tragam as informações disponíveis afetas às necessidades sociais, uma vez que se encontram mais próximos da população e das suas demandas.

Embora não previstas formalmente, na prática, as relações entre o Legislativo e o Executivo no processo orçamentário se iniciam nesse momento. Antes de aguardar a remessa do projeto de lei elaborada pelo Executivo ao Congresso Nacional, muitos parlamentares se utilizam dos contatos políticos que detêm nos órgãos públicos e nas unidades administrativas para influenciar os servidores a incluírem nos relatórios setoriais assuntos dos seus interesses, muitos deles de cunho eleitoral. Uma vez contemplados, os seus pedidos já farão parte do próprio planejamento governamental, sendo desnecessária a proposição de emendas, as quais podem ser feitas para atender a outros pontos de interesse do mesmo parlamentar. Em assim procedendo, os legisladores conseguem, de forma desigual, ultrapassar uma importante etapa

democrática, qual seja a deliberação do orçamento na Casa Legislativa, por todos os parlamentares, em condições paritárias⁴²².

A interferência no planejamento foi tamanha nos primeiros anos pós-Constituição de 1988 que, para impedir comportamentos dessa natureza, comprometedores da racionalidade técnica presente na fase de elaboração orçamental, o Executivo criou o Sistema de Acompanhamento Legislativo - SIAL. Trata-se de um mecanismo institucional desenvolvido para controlar, formalmente e com transparência, os pedidos dos parlamentares. Com a sua instalação, todos os requerimentos com fins de inclusão de projetos e ações no orçamento, mesmo no momento das construções dos projetos de leis orçamentárias, devem ser primeiramente cadastrados nesse sistema⁴²³.

A ideia em torno desse instrumental é importante. Visa analisar, já na fase de elaboração do processo orçamentário, a legalidade e a legitimidade dos pleitos, bem como as suas viabilidades econômicas. Contudo, em termos concretos, a sua instalação não impediu a perpetuação de antigas práticas na complexa burocracia brasileira e causou desgaste político. Parte dos parlamentares considerou a medida como um entrave capaz de dificultar a relação existente entre ambos os poderes.

Encerrado o planejamento governamental, o Presidente da República encaminha o projeto orçamentário ao Congresso Nacional para deliberação. Nessa etapa, inicia-se a possibilidade de sugestões de emendas, embora como dito, as proposições já fossem feitas, pelas vias informais, por meio de pedidos extraoficiais formulados por alguns congressistas perante órgãos públicos e unidades administrativas.

Não se pode olvidar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a formulação de emendas passou a ser admitida, ao contrário do que ocorria na Constituição Federal anterior⁴²⁴.

No início, o Legislador Constituinte de 1988 admitiu que o Legislativo alterasse os

⁴²² Cf. CARLOS PEREIRA e BERNARDO MUELLER, *Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*, op. cit., p. 269 e SERGIO MENDES, *Administração Financeira e Orçamentária. Teoria e Questões*, op. cit. p. 62/64.

⁴²³ O Sistema de Acompanhamento Legislativo – SIAL foi criado através do Decreto nº 1.403/1995, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. O referido sistema é composto por diversos membros do Poder Executivo que possuem relações diretas com o Congresso Nacional, a exemplo da Subchefia para Assuntos Parlamentares, as Assessorias Parlamentares dos Ministérios e a Secretaria de Relações com o Congresso do Ministério das Relações Exteriores.

⁴²⁴ Cf. artigo 65 da Constituição Federal de 1967.

projetos orçamentários governamentais, sem restrições. Ocorre que os conflitos políticos internos foram intensos durante a votação do orçamento, atrasando e prejudicando a regularidade dos trabalhos. Nesse cenário, surgiu a necessidade de limitação de emendas a que cada parlamentar pudesse propor.

A princípio, fixou-se o número de emendas individuais para a quantidade de 50 (cinquenta), por parlamentar⁴²⁵. Em seguida, reduziu-se esse número para 20 (vinte). Em relação às emendas coletivas propostas pelas bancadas estaduais, disciplinou-se que as suas proposituras seriam em número de 10 (dez) para cada estado da federação⁴²⁶, sem prejuízo das bancadas regionais e permanentes, em número de 05 (cinco) para cada uma.

Dessa feita, deve-se frisar que antes de finalizar a sua participação no processo que envolve a aprovação da peça orçamental, o Poder Legislativo tem a possibilidade de apresentar emendas que objetivem alterar o texto do projeto de lei e dos seus anexos, bem como modificar a estimativa de receitas ou acrescentar valor às dotações previstas inicialmente em seu bojo. Para serem admitidas, as emendas de remanejamento e apropriação devem indicar os recursos necessários e apontar a substituição de outras programações existentes no projeto de lei. No que pertine à iniciativa, as emendas podem ser ofertadas pelas Comissões Permanentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, além da Comissão Mista do Orçamento do Congresso Nacional. Ademais, as bancadas estaduais podem apresentar emendas a respeito de matérias de interesse de cada ente estadual da federação. E, por fim, as emendas podem ser propostas individualmente⁴²⁷.

Nesse processo inicial de regulamentação das emendas, as alterações de iniciativa das Comissões e das bancadas ganharam destaque em relação às individuais. Isso porque, em tese, teriam mais viabilidade de serem aprovadas, na medida em que refletem o consenso de um grupo de parlamentares sobre determinado tema de interesse da sociedade. Há, também, a expectativa de que enfocassem interesses de grande monta, com mais espectro social.

Ocorre que, em concreto, parcela crescente dessas emendas costumava conter programações difusas e genéricas, alheias ao plano de governo estabelecido pelo Executivo. E, essa formatação tinha uma razão de ser. As abstrações das suas proposições proporcionavam

⁴²⁵ Cf. Resolução nº 01/1991-CN.

⁴²⁶ Cf. Resolução nº 02/1995-CN.

⁴²⁷ Para um maior detalhamento sobre a temática, ver JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 299/301; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 439/442 e CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*, op. cit., p. 70/72.

as suas implementações, no curso do exercício financeiro, em diversos currais eleitorais, para o atendimento de necessidades múltiplas. Nesse diapasão, uma vez aprovadas, essas emendas poderiam ser objeto de futuras negociações e troca de favores entre os parlamentares federais e os políticos pertencentes aos seus círculos eleitorais, nas esferas estadual e municipal. O problema é que o Governo não tinha garantias de que, após a liberação de verbas para as suas execuções, seriam atingidos, de fato, os interesses de repercussão regional e/ou estadual pretendidos. Em muitos casos, as emendas ditas coletivas constituíam apenas um ardil para travestir interesses meramente pontuais dos parlamentares⁴²⁸. Com o objetivo de sanar essas distorções sistêmicas, em 2006, o Congresso Nacional deliberou que as emendas coletivas precisavam conter objetos precisos, sendo vedada a designação genérica de programação⁴²⁹.

Assim, percebe-se que no sistema político pátrio não são incomuns práticas voltadas à manipulação das regras postas por parte dos parlamentares, os quais se movimentam nos bastidores do processo orçamentário quase sempre guiados para fazer valer os seus interesses eleitoreiros. Para esses legisladores, a garantia das suas sobrevivências políticas depende, essencialmente, dos gastos públicos realizados em seus rincões eleitorais. Trata-se de um sistema de natureza simbiótica entre os parlamentares federais e os atores políticos locais. Os primeiros precisam dos últimos que se encontram mais próximos do dia a dia do eleitorado, para angariar votos que lhe possibilitem a reeleição. De outro giro, os políticos locais necessitam dos congressistas para obtenção de recursos federais, uma vez que dispõe de receitas esparsas para a concretização de investimentos públicos de maior porte, tais como para a viabilização de obras de infraestrutura⁴³⁰.

⁴²⁸ Esse fenômeno é chamado como “rachadinhas” por CARLOS PEREIRA e BERNARDO MUELLER (*Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*, op. cit., p. 272). Segundo os autores, trata-se de emendas individuais disfarçadas de coletivas, de consistência genérica, sem indicação da localidade em que será aplicado o recurso alocado. Sobre as disfunções no manuseio das emendas coletivas, ver ainda EUGENIO GREGGIANIN, *As deficiências do modelo autorizativo e as perspectivas do orçamento impositivo*, Dissertação de Mestrado Profissional do Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara de Deputados - CEFOR, Brasília, 2015, p. 95.

⁴²⁹ Cf. Resolução nº 01/2006-CN. O artigo 47, inciso II, do referido diploma legal dispõe que as emendas de bancada estadual deverão identificar de forma precisa o seu objeto, vedada a designação genérica de programação, que possa contemplar obras distintas ou possam resultar, na execução, em transferências voluntárias, convênios ou similares para mais de um ente federativo ou entidade privada.

⁴³⁰ Os autores BARRY AMES, CARLOS PEREIRA e LUCIO RENNÓ (*Famintos por pork: uma análise da demanda e oferta por políticas localistas e suas implicações para a representação política*, op. cit., p. 240) ressaltam que para além de votos, os legisladores dependem de grupos locais tanto para o financiamento de suas campanhas, como para a obtenção de outros tipos de recursos. Por outro lado, os gestores políticos locais dependem de representantes nacionais, a fim de que esses intermedieiem recursos federais, uma vez que os recursos municipais e estaduais nem sempre são suficientes para o custeio das despesas públicas que lhes competem. Em defesa de restrições às emendas individuais, conferindo-se maior responsabilidade às bancadas

Há quem sustente que tal procedimento não é tão prejudicial quanto possa parecer⁴³¹. Segundo os seus entendimentos, não há garantias de que os burocratas responsáveis pelos planejamentos conheçam mais a realidade da população brasileira do que os seus próprios representantes eleitos. E, nessa conformidade, ainda que seja para garantir a sua permanência no poder, o atingimento das necessidades sociais pode ser obtido por meio dessas vias transversas.

Em nosso entender, o orçamento público constitui uma útil ferramenta de gerenciamento, não podendo se submeter a decisões aleatórias, desprovidas de racionalidade, com propósitos eminentemente eleitoreiros, ainda que, ao final, se consigam benefícios marginais. A implantação de políticas públicas, a efetivação de direitos fundamentais, o incremento da participação política da população e, em *ultima ratio*, a própria legitimidade do Estado não devem ficar a mercê de bases altamente instáveis e manipuláveis, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito, principalmente no caso brasileiro, em que as vulnerabilidades sociais são extremas.

Logo, a escassez recursal é um problema que não pode ser ignorado. Assim como as inúmeras deficiências nos serviços públicos. Não é admissível que no momento de gastar os recursos, o Estado não o faça com racionalidade gerencial e com probidade. Ganhos pontuais dispersos podem trazer resultados insuficientes para dirimir os problemas crônicos vivenciados no país em setores essenciais, como na saúde e na educação. Ademais, podem tratar de forma desigual entes e pessoas com situações econômicas e sociais semelhantes, em violação ao princípio da isonomia.

De outro giro, as ações planejadas tendem a selecionar, com maior objetividade e isonomia, todas as situações que carecem de intervenção governamental. E, procuram direcionar os esforços estatais em prol de um mesmo objetivo, conferindo-lhes mais força e abrangência. Além disso, é inerente ao planejamento a sua reavaliação periódica, o que facilita o processo de aprimoramento da capacidade de gestão da Administração.

Infelizmente, a história recente no país tem demonstrado que a utilização das prerrogativas parlamentares para proposição de emendas orçamentárias nem sempre considera o emprego racional e equânime dos recursos públicos para o cumprimento dos fins

dos partidos, ver RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 516.

⁴³¹ Cf. ARGELINA CHEIBUB FIGUEIREDO e FERNANDO LIMONGI, *Política orçamentária no presidencialismo de coalização*, Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2008, p. 111.

constitucionais. Ao invés, as emendas têm sido apresentadas, não raras vezes, para atender benefícios eleitorais, pontuais e desconexos com o planejamento governamental. Tudo em prol da perpetuação no poder dos representantes eleitos, ainda que à custa da estagnação econômica local. A descentralização política tal como desenvolvido no federalismo brasileiro, o sistema eleitoral vigente, a assimetria informativa e os demais défices democráticos abrem caminho para as mazelas do poder. O orçamento público encontra-se refém de predações oportunistas.

Um exemplo dessa realidade ocorreu no estado de Sergipe, o menor da federação, nas cidades de Frei Paulo e de Campo de Brito. Ambos são municípios que distam a menos de 30 (trinta) quilômetros um do outro. Nas duas cidades, a média de população é de 15 (quinze) mil habitantes. As atividades econômicas são igualmente semelhantes, caracterizadas pela agricultura, pela pecuária e pelo comércio. As demandas sociais são equiparadas. Contudo, enquanto o município de Frei Paulo recebeu cerca de 20 (vinte) emendas parlamentares federais, em 03 (três) anos, a cidade de Campos de Brito não recebeu qualquer recurso proveniente de emendas legislativas, em igual período. Ao contrário. Encontra-se em situação financeira precária, não angariando recursos sequer para o pagamento do funcionalismo público municipal. A diferença existente entre as cidades de Frei Paulo e Campos de Brito é que a primeira possui um “padrinho político” que garantiu a liberação de recursos públicos em seu benefício e a segunda não⁴³². Situações como essa fazem com que recursos públicos sejam alocados sem observância a critérios isonômicos, disponibilizando serviços públicos a parte da população brasileira, em oposição a outras pessoas, com semelhantes necessidades.

De qualquer forma, é preciso esclarecer. Não se está afirmando que toda e qualquer emenda individual e/ou coletiva proposta pelos parlamentares, ainda que para beneficiar as suas bases eleitorais, tenha finalidade clientelista ou corrupta. Em tese, os poderes políticos devem cooperar, para que juntos encontrem os melhores caminhos para o direcionamento da nação. Por outro lado, não se pode desconsiderar que disfunções ocorrem. Em verdade, a corrupção sempre existiu e está associada à vulnerabilidade dos padrões éticos de determinada comunidade. Compreende comportamentos deletérios, dissonantes da ordem jurídica,

⁴³² Essa situação foi noticiada pelo Jornal Estado de São Paulo, conforme apontado por EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 383/384. No bojo da matéria, ainda, relatou-se que dos 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios brasileiros, 2.719 (dois mil, setecentos e dezenove) aparecem como destino de emendas parlamentares nos orçamentos dos anos de 2011, 2012 e 2013. No entanto, as cidades restantes, as quais representam 51% (cinquenta e um por cento) do total de municípios, foram sumariamente ignoradas nesse mesmo período.

cometidos por agentes públicos, com a participação ou não de particulares, para o fim de obtenção de vantagens ilícitas, para si ou para outrem. Em regra, envolvem abuso de poder para obtenção de vantagens privadas⁴³³. Por essa razão, é imprescindível que o Governo permaneça atento para diagnosticar emendas com propósitos dessa natureza e impeça, motivadamente, por meio do veto ou no momento da execução orçamentária, a realização dos gastos públicos respectivos. Os órgãos de fiscalização também precisam agir cautelosamente no exercício das suas atribuições de controle para identificar e coibir tais atos. Afinal, é inegável que o emprego dos recursos públicos para finalidades desprovidas de probidade compromete as receitas que deveriam ser aplicadas aos objetivos predispostos na Constituição.

Não se questiona que a flexibilidade inerente ao processo político, as suas complexas e não tão transparentes negociações, assim como a pluralidade dos seus autores e interesses dificultam os trabalhos de controle. Contudo, a ligação estreita entre a propositura de emendas parlamentares, durante o processo orçamentário e a prática de atos de corrupção deve ser combatida no Brasil. Em seguida, têm-se dois casos emblemáticos que podem elucidar com clareza o *modus operandi* das práticas deletérias, no momento da deliberação orçamentária, pelo Parlamento.

Em 1993, eclodiu no país a notícia de que um grupo de congressistas integrantes da Comissão Mista do Orçamento do Congresso Nacional praticou fraudes envolvendo recursos da União. Esses parlamentares, chamados de “anões do orçamento”, se beneficiavam das posições que ocupavam na referida comissão para viabilizar a inclusão de emendas que visavam à liberação de verbas públicas, em benefícios de governadores, senadores e

⁴³³ Cf. EMERSON GARCIA, *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*, op. cit., p. 206 e FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, op. cit., p. 603. Os autores MARIA FERNANDA COLAÇO ALVES e ANTONIO CARLOS DE AZEVEDO SODRÉ (*Transferências Intergovernamentais Voluntárias – relação entre emendas parlamentares e corrupção municipal no Brasil*. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/pasta-concurso-de-monografias-da-cgu/concurso-de-monografias-da-cgu-2007/profissionais/1-lugar>>. Acesso em: 31.01.2017) apresentaram um estudo interessante que avalia, através de dados concretos, a relação entre as emendas parlamentares e a corrupção, no Brasil. Ao final do trabalho, concluíram que existe uma intensa interligação entre elas. Segundo análises realizadas, os municípios que receberam recursos provenientes de emendas parlamentares se revelaram 35% (trinta e cinco por cento) mais corruptos, em média. Os autores identificaram as possíveis causas geradoras do aumento da corrupção. Em síntese, ressaltam que os municípios são considerados, em última instância, como responsáveis pelo bem-estar e qualidade de vida da população que neles reside. As emendas parlamentares, por sua vez, implicam em receitas voluntárias para os governos locais desempenharem tal mister. O recebimento de recursos extras gera um aumento no poder discricionário do governante. Não por coincidência, o administrador passa a ser mais pressionado pelo mercado, através de grupos organizados, a desenvolver determinadas atividades ou a construir determinadas obras que os beneficie. De outro lado, a maioria desses municípios não dispõe de programas voltados ao aumento da eficiência da gestão, em virtude de recursos humanos não qualificados para tais práticas. Ademais, o recebimento de emendas pode ser objeto de conluio entre os políticos locais e os de esfera federal, para o beneficiamento de empresas aliadas, que contribuem em suas campanhas eleitorais.

deputados. Em troca, pelos 'serviços prestados' cobravam vantagens financeiras ilícitas. Estima-se que houve a movimentação de quase R\$ 100 milhões (cem milhões de reais), somente com propinas.

O esquema pode ser resumido da seguinte forma: Os parlamentares envolvidos propunham emendas à lei orçamentária anual com objetivo de que o Estado contratasse entidades filantrópicas para prestar serviços na área de assistência social. Contudo, essas entidades, registradas em nome de “laranjas”, pertenciam aos políticos que futuramente receberiam os recursos públicos. As receitas, indevidamente apropriadas, eram utilizadas para subsidiar as suas próprias campanhas eleitorais. O esquema também beneficiou empreiteiras nacionais, contratadas para realizar as obras constantes nos projetos das emendas e responsáveis pelo financiamento das campanhas eleitorais de políticos.

O esquema criminoso gerou um escândalo nacional. Após cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Parlamento recuperar prerrogativas no campo do orçamento público, os fatos noticiados pela mídia comprometeram enormemente a legitimidade do Poder Legislativo. Não por acaso, no mesmo ano, o Congresso Nacional instituiu uma Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar o envolvimento de 37 (trinta e sete) parlamentares nas fraudes orçamentárias. Em seu relatório final, no ano de 1994, a Comissão Parlamentar de Inquérito concluiu que parte dos legisladores investigados aproveitou-se das suas funções parlamentares para o cometimento dos desvios. Com o término dos trabalhos, o Relator solicitou a cassação de 18 (dezoito) Deputados Federais e o aprofundamento das investigações em relação aos demais. Porém, apenas 06 (seis) parlamentares perderam os seus mandatos.

No ano de 2006, outra fraude relativa ao orçamento foi descoberta. Trata-se da “Operação Sanguessuga” deflagrada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, em Brasília.

Em síntese, o caso envolvia empresários que repassavam vantagens ilícitas a parlamentares, em troca da apresentação de emendas individuais direcionadas à aquisição de ambulâncias e materiais hospitalares. Com a liberação dos recursos públicos, os parlamentares entravam em contato com seus aliados políticos em municípios brasileiros, a fim de que os gestores manipulassem os certames licitatórios locais. O objetivo era que os vencedores das licitações fossem os empresários financiadores do esquema criminoso, os quais forneciam os bens por preços em até 120% (cento e vinte por cento) acima do valor de mercado. A máfia

das ambulâncias causou um prejuízo aos cofres públicos de aproximadamente R\$ 15,5 milhões (quinze milhões e quinhentos mil reais).

Em decorrência da “Operação Sanguessuga” o Congresso Nacional também instalou uma Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar o esquema orçamentário ilícito. Houve o indiciamento de 72 (setenta e dois) congressistas, no total, sendo 03 (três) deles Senadores da República. Dos Deputados Federais indiciados, 05 (cinco) foram reeleitos nas eleições subsequentes.

Situações como as expostas acima revelam que a arena orçamentária é repleta de nuances. Certo é que o jogo político, a busca pela governabilidade e a flexibilidade orçamental abrem espaço para que desvios à Constituição sejam praticados, durante a fase deliberativa do orçamento público.

Em prosseguimento ao trâmite orçamentário, uma vez apresentadas as modificações pelos parlamentares, o projeto é submetido à votação, no Congresso Nacional. Aprovado, o estatuto orçamental segue para análise presidencial, oportunidade em que o Chefe do Executivo pode sancionar as emendas parlamentares ou vetá-las. Nesse contexto, é importante destacar o protagonismo executivo na construção do orçamento público. As palavras inicial e final são proferidas pelo Presidente da República. Afinal, a ele compete a elaboração orçamentária. E, mesmo que haja emendas por parte dos parlamentares, é disponibilizada a possibilidade de veto. Pode-se, assim, afirmar que o desenho do orçamento está, em grande medida, em suas mãos.

Porém, na prática, dificilmente se observa a ocorrência de vetos parciais ou de vetos totais. E a explicação é simples. A sua realização acarreta um prejuízo político ao Presidente da República. A sua governabilidade poderia ser colocada em risco. Nos casos de veto total a situação presidencial se agravaria ainda mais. Além do desgaste político entre os poderes, o Chefe do Executivo teria que reiniciar o processo orçamentário, com a possibilidade de começar um novo exercício financeiro, sem autorização legislativa para a realização dos gastos públicos.

Ainda que as emendas repartam o orçamento e desconfigurem o planejamento governamental, as experiências anteriores têm demonstrado que o Chefe do Executivo prefere assumir esse ônus, a desencadear uma oposição parlamentar, capaz de inviabilizar as votações de outros projetos de relevância para o Governo.

Por sua vez, o processo orçamentário não se encerra com a sanção ou com o veto presidencial. Todas as etapas do orçamento desenvolvidas até o momento, de forma complexa e dinâmica, com a participação de inúmeros atores, não garantem a sua efetiva implementação. Por esse motivo, nas relações mantidas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo outra consideração é digna de destaque e pode explicar, também, a raridade com que os vetos presidenciais são decretados, durante a tramitação do processo do orçamento. O fato de o Governo deter o controle na etapa de execução orçamentária. Cabe a ele e não ao Parlamento, tampouco à burocracia estatal analisar os recursos públicos disponíveis e decidir, ao final, as dotações a serem concretizadas. Não há razões para vetar as propostas legislativas e, por conseguinte desgastar as relações mantidas com os parlamentares, se, durante a execução do orçamento, o Executivo tem a faculdade de escolha em relação às emendas que pretende concretizar, no curso do ano financeiro⁴³⁴.

Com efeito, o ideal é prorrogar essa decisão o máximo possível. Enquanto isso, o Executivo se fortalece, na medida em que possui um trunfo que pode ser utilizado como barganha, para fins de obtenção de apoio político no Congresso Nacional. Por esse motivo, as verbas para o cumprimento das emendas costumam ser liberadas no final do exercício⁴³⁵,

⁴³⁴ Sobre as relações mantidas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo durante o processo orçamentário, FABIANO SANTOS (*Patronagem e Poder de Agenda na Política Brasileira*, IUPERJ, Rio de Janeiro, 1997, p. 118/119) afirma que se identificam com clareza duas lógicas díspares. A do Poder Executivo, cujas ações são direcionadas para a aprovação dos projetos na agenda governamental e, diante da escassez recursal e do atual contexto de estabilização da economia, para o corte de gastos. Por sua vez, a do Poder Legislativo, preocupado, em primeiro lugar, com a maximização dos ganhos eleitorais de seus membros. E, em segundo plano, para a aprovação de projetos que, encarnando o bem público, não trariam ganhos individuais imediatos. Na fase da elaboração do projeto orçamentário pelo Executivo predomina a lógica do Legislativo, obrigando o Governo a pactuar na Comissão Mista do Orçamento os projetos de seu interesse. Na fase da concretização orçamentária, contudo, o Poder Executivo vira o jogo.

⁴³⁵ Segundo estudos realizados por CARLOS PEREIRA e BERNARDO MUELLER (*Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*, op. cit., p. 287), nos anos de 1999, 2000 e 2001, mais de 2/3 (dois terços) das execuções do orçamento referentes à rubrica de investimentos, incluindo emendas individuais e coletivas, foram feitas no mês de dezembro. A maior parte, inclusive, na configuração de restos a pagar. No ano de 1999, a percentagem foi de 66,9% (sessenta e seis vírgula nove por cento). Em 2000, de 66% (sessenta e seis por cento) e em 2001, de 74,1% (setenta e quatro vírgula um por cento). Sobre os impactos temporais do contingenciamento, ver ÉLIDA GRAZIANE PINTO, *Discricionariedade, contingenciamento e controle orçamentário*. Disponível em: <http://www.reserachgate.net/publication/277227032_Discricionariedade_contingenciamento_e_controle_orcamentari>. Acesso em: 04.10.2018 e FRANCISCO SADECK, ÁLVARO GERIN e BRUNO VALLE, *Contingenciamento: necessidade tributária ou instrumento da política econômica?*, Nota Técnica nº 98, INESC, Brasília, mai./2005, p. 08/09. Esses últimos analisaram o orçamento público no ano de 2004 e verificaram que até a data de 10 de dezembro de 2004, 196 (cento e noventa e seis) programas de um total de 369 (trezentos e sessenta e nove) previstos na Lei Orçamentária Anual tiveram a concretização de até 50% (cinquenta por cento) das dotações previstas. Do quantitativo integral, somente 12 (doze) programas obtiveram execução superior a 90% (noventa por cento). Por sua vez, de 10 de dezembro de 2004 até o encerramento do exercício financeiro, o número de programas com efetivação das dotações acima de 90% (noventa por cento) saltou de 12 (doze) para 116 (cento e dezesseis), revelando a desestrutura das liberações financeiras, no Brasil. Em conclusão, os pesquisadores

salvo em situações excepcionais, como ocorre quando o Governo pretende votar algum projeto polêmico ou nos períodos eleitorais. Nesses momentos, o Governo costuma receber maior pressão por parte dos parlamentares, a fim de que suas emendas sejam concretizadas com brevidade, antes da ocorrência do pleito.

No jogo político envolvendo o orçamento, o Governo utiliza o poder discricionário de que dispõe a seu favor e tende a contemplar os legisladores que compõem a sua base aliada, em contraposição àqueles que manifestam discordâncias⁴³⁶. Ao proceder dessa maneira, a Administração desconsidera a importância do papel legislativo no jogo democrático. Não se pode perder de vista que o Parlamento é formado por uma composição pluralista de representantes eleitos diretamente pelo povo, porta-vozes de uma multiplicidade de interesses e de correntes ideológicas, que são expostos e defendidos em debates públicos e dialéticos, os quais devem ser pautados pela transparência e pela probidade⁴³⁷.

Diante da relevância institucional parlamentar é impossível também não se perguntar o motivo pelo qual os congressistas brasileiros aceitam um papel tão subserviente, em evidente desequilíbrio entre as funções políticas desempenhadas pelo Executivo e pelo Legislativo. Afinal, ao se fazer uma retrospectiva histórica, uma das maiores conquistas liberais frente aos regimes monárquicos totalitários foi o de viabilizar o controle político sobre os gastos públicos.

A resposta para tal indagação é simples. Essa situação, ainda que com contornos de subalternidade, traz retornos eleitorais mais imediatos. Trata-se, na realidade, de um jogo de

demonstraram inconformismo, pois constataram que o Governo segura os recursos públicos ao longo do exercício para, ao final, realizar despesas sem critérios motivados e publicamente divulgados. Em sentido contrário, FERNANDO LIMONGI e ARGELINA CHEIBUB FIGUEIREDO, “*Instituições políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira*”, In Carlos Ranulfo (Org.), *A democracia brasileira: Balanço e Perspectivas para o século 21*, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2007, p. 25/32. Para os doutrinadores, a alteração temporal da execução orçamentária não interfere no resultado, pois os programas serão executados. Ademais, os pontos do planejamento a serem privilegiados e as pautas dos Congressistas e do Presidente da República não são necessariamente divergentes, mas sim complementares.

⁴³⁶ Outro não é o entendimento de RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 440/441). Ao avaliar os Governos de 1995 a 2006, o doutrinador constatou que em todas as gestões houve fértil distribuição de recursos públicos aos parlamentares da base aliada do Governo, por meio da concretização de emendas orçamentárias. Esse fenômeno ocorreu, principalmente, nos períodos relacionados à aprovação de reformas polêmicas, como a da previdência e durante os pleitos eleitorais, em que se buscaram as reeleições dos Chefes dos Poderes Executivos.

⁴³⁷ Para MARIA BENEDITA MALAQUIAS PIRES URBANO (*Representação política e Parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar*, Tese de Doutorado, Coimbra, 2004, p. 26), o Parlamento constitui um órgão com capacidade para definir as decisões políticas gerais aptas a responder às demandas sociais da coletividade.

recompensas e punições⁴³⁸, aplicável principalmente em relação às emendas individuais. O objetivo é compensar individualmente o parlamentar que se comportou, ao longo do ano, favoravelmente à agenda governamental. E, essa negociação prescinde de debates públicos. Pode ser resolvida no interior dos gabinetes, ainda que ocasione um esvaziamento da função legislativa, ou seja, um redesenho do orçamento pelo Poder Executivo, alheio ao Poder Legislativo.

Sob essa ótica, não é vantajoso ao Executivo fomentar profundos debates orçamentários no Congresso Nacional, tais como ocorrem com as emendas coletivas, as quais demandam tempo, deliberações públicas e envolvem ideias e grupos nem sempre coincidentes com os interesses do Governo. Ao contemplar esses acertos regionais e estaduais, a Administração corre o risco de beneficiar congressistas que não mantiveram com ela alianças regulares, em prejuízo de um esquema velado, de legitimidade absolutamente questionável, mas em plena atividade na política brasileira.

Para os parlamentares, as emendas individuais também lhe são mais benéficas. Os ganhos eleitorais produzidos pelas suas execuções são exponencialmente maiores do que com as emendas coletivas. Na condição de únicos benfeitores, fica mais fácil divulgar o trabalho perante os seus eleitores, residentes em circunscrições de pequeno porte, distantes do centro do poder. Não há necessidade de compartimentar com outros congressistas os dividendos eleitorais⁴³⁹.

⁴³⁸ Esse fenômeno, travado nos bastidores políticos, foi constatado por MAX WEBER (*A Política como Vocaçao*, Ed. Guanabara, Rio de Janeiro, 1982, p. 121/128) que relatou que: “Os seguidores do partido, e acima de tudo os seus funcionários e empresários, esperam naturalmente uma compensação pessoal pela vitória do seu chefe. Isto é, cargos e outras vantagens”. Voltando-se para a realidade brasileira, BARRY AMES (*Os entraves da democracia no Brasil*, op. cit., p. 180) entende que o Congresso Nacional brasileiro é ativo, mas de uma forma obstrucionista. O objetivo é protelar as votações até que o Executivo atenda aos pedidos de alguns deputados com maior expressão política. Para o autor, há uma escassez de parlamentares interessados em legislação de interesse nacional, sendo o fisiologismo uma característica marcante na atuação dos congressistas. Para CARLOS PEREIRA e BERNARDO MUELLER (*Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*, op. cit., p. 274), quanto mais emendas individuais são executadas, maiores serão as chances de manutenção no poder do parlamentar. Nos moldes em que a relação entre o Executivo e o Legislativo é construída, não causa surpresa aos autores o fato de alguns parlamentares votarem sistematicamente nos projetos do Governo. Em sentido contrário, ver ARGELINA CHEIBUB FIGUEIREDO e FERNANDO LIMONGI (*Processo Orçamentário e Comportamento Legislativo: Emendas Individuais, Apoio ao Executivo e Programas de Governo*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, v. 48, nº 04, Rio de Janeiro, 2005, p. 740). Os autores sustentam que as emendas são concretizadas ainda que os votos esperados não sejam fornecidos pelos parlamentares, ou seja, sem que haja contrapartida.

⁴³⁹ Ao analisar o comportamento fisiologista de parlamentares, JOHN N. ELLWOOD & ERICK M. PATASHNICK (*Praise of Pork*, The Public Interest, 110, Winter, 1993, p. 23. Disponível em: <http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080709_19931102inpraiseofporkjohnwellwood.pdf>. Acesso em: 03.02.2017) afirmam que: “From this perspective, the ideal pork barrel project has three key properties. First,

Não é exagero dizer que, atualmente, as negociações em torno da execução orçamentária possuem mais relevância política do que as travadas durante a fase de planejamento, assim como, as desenvolvidas na etapa de deliberação parlamentar do orçamento. Com efeito, o Governo usa o poder de que dispõe na etapa executiva do orçamento para atender aos seus próprios interesses político-eleitorais, de caráter imediatista, ainda que dissonantes à prossecução do interesse público a médio e longo prazo.

Todavia, a utilização, pelo Executivo, de critérios pouco racionais e não equânimes, no momento de escolher as dotações que pretende geram desdobramentos sistêmicos. A burocracia estatal se frustra, na medida em que verifica que as suas deliberações técnicas e multidisciplinares nem sempre são consideradas no momento da concretização orçamental. Prioridades e programas previstos podem ser rapidamente esvaziados, por razões nem sempre justificadas ou justificáveis.

Por igual motivo, o debate político realizado pelo Legislativo perde força e significado, uma vez que as discussões e as negociações travadas no momento constitucional oportuno acabam sendo revistas, durante a etapa de execução do orçamento. Ao deixarem de promover um salutar debate sobre as escolhas trágicas contidas no orçamento, o Governo e o Parlamento não enfrentam, a fundo, o problema da distribuição dos recursos públicos, as desigualdades regionais, as prioridades constitucionais e as restrições financeiras do Estado. Por não adentrar no seu âmago, a peça orçamental e a sua execução acabam sendo um produto dos (des)acertos políticos que desnatura o instituto e enfraquece o Estado Democrático de Direito. Para agravar a situação, o controle político pela via eleitoral tem se satisfeito com a sugestão de fórmulas mágicas aos dilemas econômicos e sociais, os quais são “maquiados” por incrementos financeiros provenientes do uso da máquina pública, por aqueles que a detêm. Nesse período, decisões voluntaristas, caracterizada pelo aumento das despesas públicas sem correspondentes fontes de custeio, são correntes.

Trata-se de um ciclo político-eleitoral oportunista⁴⁴⁰, que desvirtua o orçamento do

benefits are conferred on a specific geographical constituency small enough to allow a single congressman to be recognized as the benefactor. Second, benefits are given out in such a fashion as to lead constituents to believe that the congressman had a hand in the allocation. Third, costs resulting from the project are widely diffused or otherwise obscured from taxpayer notice”. A respeito da temática e, mais especificadamente, sobre as disputas entre as emendas coletivas e individuais e da preferência dos parlamentares em relação às últimas, ver GUILHERME SARAIVA, *Direito, desenvolvimento e Transformações Institucionais: Como o Congresso Nacional regulou a Comissão Mista de Orçamento entre 1988 e 2015?*, op. cit., p. 207.

⁴⁴⁰ Cf. NAZARÉ DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 362. Tratando do tema, EMERSON CESAR DA SILVA

caminho ético e juridicamente justo. A ausência de uma discussão mais acirrada sobre as leis orçamentárias entre ambos os Poderes da República se reflete no lapso temporal em que os feitos tramitam no Congresso Nacional, cada vez com mais celeridade⁴⁴¹. Ao analisar resumidamente as relações políticas travadas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no campo orçamentário infere-se que o primeiro leva vantagem em relação ao segundo⁴⁴². Isso porque o Estado brasileiro, de cunho social, impôs à Administração inúmeras tarefas, muitas delas impossíveis de serem previstas antecipadamente pelo Parlamento. Para o desempenho dessas atividades, o Poder Executivo conta com vantagens informacionais e estruturais. E, no âmbito do orçamento, o Governo concentra em suas mãos os dados relativos aos recursos públicos existentes à disposição do Estado, transmitidas através dos órgãos fazendários que compõem a sua estrutura organizacional. Não por coincidência, o Legislador Constituinte optou por atribuir ao Poder Executivo o domínio sobre a elaboração e a execução do orçamento público. De outro lado, não excluiu o Poder Legislativo. Recai sobre ele a responsabilidade de discutir, votar e fiscalizar o instrumento orçamental.

A questão é que, embora bem estruturada no plano lógico-formal, a realidade brasileira revela-se disforme, conforme os apontamentos expostos acima. As etapas que competem ao Congresso Nacional não estão se desenvolvendo como deveriam. E, quando o processo não se estabelece como idealizado, perversões e iniquidades no sistema são ocasionadas. Para além do que fora previsto pelo Legislador Constituinte há uma preeminência exacerbada da função administrativa em detrimento das funções legiferantes e de controle. A hegemonia executiva não passa incólume e traz consequências negativas no

GOMES, *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 121/122. O autor indica os principais gastos públicos realizados pelos governantes no período eleitoral, tais como o aumento com despesas destinadas à publicidade institucional, com benefícios e transferências de renda em programas sociais, com transferências voluntárias a entes governados por políticos aliados, bem como a concessão de aumentos salariais ao funcionalismo público.

⁴⁴¹ Cf. EUGENIO GREGGIANIN, *As deficiências do modelo autorizativo e as perspectivas do orçamento impositivo*, op. cit., p. 101.

⁴⁴² Sobre o tema, FERNANDO MOUTINHO RAMALHO BITTENCOURT (*Relações Executivo-Legislativo no Presidencialismo de Coalizão: Um quadro referencial para estudos de orçamento e controle*, op. cit., p. 15) afirma que como as decisões finais encontram-se sob a discricionariedade do Executivo, nada restaria aos parlamentares, senão desenvolver uma espécie de comportamento meramente residual ou até mesmo predatório, para obter quaisquer benefícios, como “um prêmio de consolação”, diante da situação de subserviência existente por parte do Legislativo em relação ao Executivo. Ao comparar os poderes do Poder Executivo nas Constituições de 1946 e 1988, FABIANO SANTOS (*Patronagem e Poder de Agenda na Política Brasileira*, op. cit. p.11) constata ter havido modificação na relação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Segundo ele, “a agenda compartilhada cedeu espaço para uma agenda imposta”. Sobre o assunto, ver IZAIAS JOSÉ DE SANTANA, “*O princípio da separação dos poderes e a implementação das políticas públicas no sistema orçamentário brasileiro*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1111/1134.

campo do equilíbrio entre os poderes estatais. A generalidade contida nos créditos orçamentários e a forma como as relações políticas orçamentárias têm sido desenvolvidas na prática, ao alvedrio do Executivo, não facilita o controle do poder político, o aprimoramento das instituições democráticas, tampouco o cumprimento dos objetivos constitucionais. O ciclo orçamentário é tratado como uma ferramenta de utilidade bastante diminuta. E isso porque grande parte dos atores do processo orçamentário prioriza a perpetuação do poder e os seus objetivos pessoais acima dos interesses primários do Estado. O sistema político vigente agregado à forma de descentralização federativa e à flexibilidade orçamental são fatores que contribuem para que omissões, atos ineficientes, deletérios e até mesmo corruptos sejam cometidos no espaço público brasileiro. Mazelas institucionais decorrentes do exercício arbitrário da função pública que não podem ser toleradas. Afinal, não se pode admitir o encastelamento do abuso⁴⁴³. Nesse diapasão, também não se deve permitir a realização de intervenções públicas demagógicas que não se coadunam com os valores constitucionais, dissonantes dos limites legais e desprovidas de espírito público. Com efeito, nessa luta entre as forças políticas, o instituto que mais perde é o orçamento. Para contemplar as sedentas reivindicações parlamentares consubstanciadas por condutas meramente eleitoreiras, voluntaristas e levianas, a peça orçamental é literalmente fatiada, em prejuízo de milhões de contribuintes, em abandono da ética e em desconformidade com a ideia de Justiça.

Em linhas conclusivas pode-se afirmar que para a obtenção de governabilidade no presidencialismo de coalisão o jogo político dá ensejo a anomalias sistêmicas que margeiam o ciclo orçamental. Não é possível ignorar que as decisões político-financeiras nem sempre são dotadas de altruísmo e cumprem com as regras constitucionais impostas. Às escondidas, a busca pela reeleição e pelos demais interesses imediatistas de cunho eleitoreiro promovem escolhas deliberadas, nem sempre benéficas à credibilidade do orçamento público, à legitimidade dos políticos e porque não dizer da própria política. Assim, o modelo vigente, tal

⁴⁴³ Cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas”, In Cristiana Fortini, Julio César dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca (Orgs.), *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 59. De acordo com esse entendimento, RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 34/35) conclui que o saldo da cultura orçamentária brasileiro é desolador e repleto de arbítrios e desvios éticos. Há uma nítida dificuldade em se controlar politicamente o orçamento público pela lógica eleitoral. De igual forma, raramente se analisam os direitos fundamentais e as políticas públicas criadas para as suas viabilizações sob a ótica da alocação de verbas orçamentárias. Segundo o seu entendimento, trata-se de um grave impasse constitucional, cujo enfrentamento depende de uma reformulação profunda nas ações da classe política e da própria sociedade. Nessa linha de pensamento, ver, ainda, CÉSAR DE MORAES SABBAG, *Breves considerações sobre deficiências estruturais do sistema orçamentário brasileiro. Propostas para incrementar a legitimidade e a eficiência do modelo*, op. cit., p. 455.

como vem sendo conduzido, distancia-se dos parâmetros racionais, probos e isonômicos disciplinadas no texto constitucional e baseia-se em um sistema arbitrário e subjetivo de favorecimentos e punições. Muito parecido com o manejo unilateral dos recursos públicos desenvolvido nas monarquias absolutistas.

Do quanto exposto, resta a dúvida: será que o Brasil retrocedeu no jogo político orçamentário ou sequer chegou algum dia a avançar?

4.5 As tentativas de guinada parlamentar até o advento da Emenda Constitucional nº 86/2015

Como visto, a palavra final sobre a realização de gastos públicos é dada pelo Governo, no Brasil. Mas o seu protagonismo exacerbado gera desacordos constitucionais. Como em todo processo que envolve escolhas há agradados e desagradados. A depender da governabilidade do Poder Executivo, o grupo de descontentes poderá ser maior ou menor.

Quando a gama de insatisfeitos passa a ser significativa, o Poder Legislativo pode movimentar-se e exigir um papel de maior relevância no processo orçamentário. Por essa razão, o objetivo do Presidente da República é angariar a maioria parlamentar em prol da sua agenda nacional e assegurar a sua sustentação política, sem que lhe sejam produzidos custos muitos elevados. É preciso conter com celeridade as inevitáveis tensões entre os poderes e evitar sobressaltos institucionais, capazes de comprometer a sobrevivência política do próprio gestor.

Em outras palavras, o sistema político precisa encontrar um ponto de equilíbrio. Na história recente da democracia brasileira, essa linha tênue entre o Executivo e o Legislativo se rompeu, em duas oportunidades, de forma radical. Dos seis Presidentes da República que governaram o país após a redemocratização, dois sofreram processos de impeachment. Enquanto Fernando Collor de Mello renunciou ao mandato antes do término processual, Dilma Rousseff foi julgada e condenada pelo Congresso Nacional. O seu mandato presidencial foi cassado, embora não tenha havido a suspensão dos seus direitos políticos.

No campo do orçamento público, o descontentamento dos parlamentares em relação à divisão de poder e ao equilíbrio das funções tem sido visualizado na política brasileira, há quase duas décadas.

Apesar da aparente e conveniente postura passiva dos congressistas quanto à

manutenção do cenário orçamental, os bastidores revelam uma realidade um pouco diversa. O Parlamento tem buscado aumentar o seu envolvimento e, mais do que isso, o seu poder decisório durante o desenvolvimento do ciclo orçamental e não apenas na oportunidade em que o delibera. Nessa conformidade, a participação dos legisladores na construção e na concretização das peças orçamentárias foi objeto de reiterados debates no Congresso Nacional. Como resultado, não são poucos os projetos de lei propostos pelos parlamentares com o fim de promover alteração legislativa sobre o tema.

Um dos primeiros foi o projeto de Lei Complementar nº 135/1996 com o intuito de alterar a Lei nº 4.320/1964, que disciplina sobre a elaboração e o controle dos orçamentos públicos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Em 2008, esse projeto recebeu reformulações pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, no que diz respeito à anulação de créditos orçamentários. O objetivo era de que o Poder Executivo somente conseguisse promover a anulação de créditos orçamentários por meio de projeto de lei. Ou seja, caso não quisesse ou pudesse executar determinada dotação orçamentária, deveria o Governo solicitar prévia autorização ao Poder Legislativo.

Em paralelo à tramitação do projeto de Lei Complementar nº 135/1996 foi apresentada a proposta de Emenda à Constituição nº 22/2000, posteriormente reordenada na Câmara dos Deputados sob o nº 565/2006. Entre as alterações propostas por intermédio desse projeto de Emenda à Constituição, destaca-se a inclusão do artigo 165-A no texto constitucional. O objetivo era determinar, como regra, a execução obrigatória pelo Executivo das dotações contidas na Lei Orçamentária Anual. Os seus eventuais cancelamentos ou contingenciamentos somente poderiam ocorrer com autorização expressa do Congresso Nacional⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ O artigo 165-A proposto pela Emenda Constitucional nº 565/2006 tinha a seguinte redação: “A programação constante da lei orçamentária anual é de execução obrigatória, salvo se aprovada, pelo Congresso Nacional, solicitação, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, para cancelamento ou contingenciamento, total ou parcial, de dotação. §1º- A solicitação de que trata o caput deste artigo somente poderá ser formulada até cento e vinte dias do encerramento da sessão legislativa e será acompanhada de pormenorizada justificativa das razões de natureza técnica, econômico-financeira, operacional ou jurídica, que impossibilitam a execução; §2º- A solicitação poderá, ainda, ser formulada a qualquer tempo, nas situações que afetem negativamente a arrecadação da receita, de calamidade pública de grandes proporções, ou ainda nas previstas no art. 137, inciso II; §3º- Em qualquer das hipóteses, as solicitações tramitarão no Congresso Nacional em regime de urgência; §4º- Não havendo deliberação do Congresso Nacional, no prazo de trinta dias, a solicitação será considerada aprovada; §5º- A não execução de programação orçamentária, nas condições previstas neste artigo, implica crime de responsabilidade; §6º- Do projeto de lei orçamentária anual, bem como

Como justificativa ao projeto de Emenda à Constituição, o seu relator, o então Senador Antônio Carlos Magalhães, declarou haver, no Congresso Nacional, um sentimento generalizado entre os parlamentares no sentido de se fazer necessária a realização de mudanças nas regras constitucionais relacionadas às matérias orçamentárias. O propósito pretendido com tais modificações era inibir a hipertrofia do Executivo no campo do orçamento público, restabelecendo-se o equilíbrio entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo⁴⁴⁵.

do autógrafo encaminhado para sanção do Presidente da República, não constarão receitas cujas leis que as autorizem tenham o início de vigência posterior à data prevista no inciso III, do §6º do art. 166”.

⁴⁴⁵ Pela pertinência e para melhor compreender o contexto das relações mantidas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no campo orçamentário, passa-se a transcrever a justificativa apresentada pelo então Senador Antônio Carlos Magalhães, no momento da propositura do projeto de Emenda à Constituição nº 22/2000, nos seguintes termos: “Tornar de execução obrigatória a programação constante das leis orçamentárias. As nossas leis orçamentárias, tal como vêm sendo postas em prática, não passam de uma grande ficção. Pouco, ou nada, valem os esforços de mobilização dos órgãos competentes para montagem de um projeto coerente a ser encaminhado ao Congresso Nacional; o tempo despendido pelas lideranças partidárias em intermináveis negociações para conciliar os justos e legítimos pleitos das bancadas com assento no Congresso Nacional, nada disso é levado em consideração pelo Poder Executivo na hora de executar a programação orçamentária aprovada pelo Congresso Nacional. Na verdade, essa programação muitas vezes tem se prestado como instrumento de barganha política. Isso ocorre, na medida em que a definição do que realmente deve ser executado depende do crivo da zelosa equipe econômica do governo. É até compreensível e aceitável que as autoridades econômicas primem pelo uso do poder discricionário para ajustar a programação do orçamento aos meios disponíveis para executá-la. Entretanto, quando o uso dessa faculdade transforma em arbitrário o poder discricionário ela realmente se torna insuportável, pois hipertrofia os poderes dos Ministros – ou de simples burocratas – submetendo as decisões do Congresso Nacional aos desígnios desses mesmos agentes públicos. Na sua origem, as leis orçamentárias constituem instrumento de controle político do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo. É do Poder Legislativo a competência privativa para autorizar, em nome da sociedade, o Poder Executivo a arrecadar as receitas – criadas por lei – e a realizar as despesas necessárias ao funcionamento dos serviços públicos e outras que visem ao bem-estar coletivo. Logo, o programa de trabalho do Governo, consubstanciado na lei orçamentária anual, em vez de apresentar uma visão unilateral, expressa no documento encaminhado pelo Poder Executivo, deve ser temperado com componente que consigne a visão do Poder Legislativo, refletindo, no conjunto, o compromisso de ambos os Poderes com a Nação. Se isso não ocorrer, nos deparamos com pelo menos duas situações igualmente graves: a primeira consiste na usurpação das legítimas atribuições de um dos poderes da República, o que é intolerável num regime de plenitude democrática; a segunda consiste na previsibilidade de as decisões dos agentes públicos, tomadas de forma solitária, se tornarem susceptíveis a influências externas, acopladas a interesses que não condizem com a indispensável lisura e com o bem-estar da coletividade. É evidente que nada temos a contrapor - nem poderíamos ter - ao zelo com que se deve tratar os recursos públicos. Entretanto, será que esse mesmo zelo não prevalece quando o Poder Executivo tem interesses em aprovar, no Congresso Nacional, projetos que se mostram altamente polêmicos e logo surge a possibilidade de liberação de recursos para a execução desta ou daquela obra, sob o argumento de que as reivindicações são meritórias? Acreditamos que sim. Em razão das distorções observadas estamos sugerindo, na presente proposta de emenda constitucional, a criação de mecanismo para explicitar a natureza mandatária da lei orçamentária anual e, assim, suprir eventual lacuna que dá vez a interpretação distorcida da lei, como vem ocorrendo. Naturalmente, não poderíamos deixar de reconhecer que uma série de fatores impedem o Poder Executivo a implementar esta ou aquela programação. Um ciclo de conjuntura adversa que frustre as expectativas de arrecadação; a inadimplência de uma entidade ou ente federado, na prestação de contas; a falta de apresentação de projetos consistentes para aplicação de recursos. Todas essas são situações, às quais podemos agregar casos extremados, tais como calamidades públicas de grandes proporções ou declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, que podem obrigar o Poder Executivo dar outra orientação a determinada programação constante da lei orçamentária. Nessas hipóteses, a proposta prevê que o Poder Executivo enviará ao Congresso Nacional solicitação de cancelamento ou de contingenciamento, total ou parcial, de dotações orçamentárias. Na solicitação devem ficar assentadas as justificativas de natureza técnica, econômico-financeira,

No ano de 2005, a Comissão Mista do Orçamento do Congresso Nacional apresentou o denominado “Levantamento de Problemas e Sugestões para a Melhoria do Processo Orçamentário” perante os Presidentes do Senado da República e da Câmara de Deputados e propôs que a execução da Lei Orçamentária tornasse obrigatória pelo Governo. A principal diferença entre a proposição ofertada pela Comissão Mista e a Proposta de Emenda à Constituição nº 22/2000 é de que a referida comissão estabeleceu um filtro fiscal em relação ao caráter mandatório do estatuto orçamental. Dessa forma, a obrigatoriedade de execução das despesas discricionárias aprovadas pelo Parlamento somente ocorreria, desde que atingida à meta fiscal nominal definida na Lei de Diretrizes Orçamentárias⁴⁴⁶.

Percebe-se, portanto, uma semelhança marcante entre o Projeto de Lei Complementar nº 135/96, o “Levantamento de Problemas e Sugestões para a Melhoria do Processo Orçamentário” da Comissão Mista do Orçamento do Congresso Nacional e a Proposta de Emenda à Constituição nº 22/2000: Todos os projetos almejam ampliar a ingerência do Parlamento durante a execução do orçamento. Na conformidade das suas

operacional ou jurídica da impossibilidade de execução da programação. É evidente que, em sendo procedentes as razões alinhadas, o Congresso Nacional jamais se furtará em conceder o seu referendū. Esta Casa sempre agiu e agirá em benefício do povo brasileiro. Essa solicitação, entretanto, deverá ser formulada com antecedência razoável do término do exercício financeiro, para que, em sendo a autorização negada pelo Congresso, haja tempo hábil para a realização dos procedimentos administrativos que a lei exige, com vistas à implementação das ações. Por isso, está sendo proposto, como limite máximo, o prazo de 120 dias, antes do encerramento da sessão legislativa. Não prevalecerá esse prazo, todavia, nas hipóteses de graves crises econômicas como as da Rússia e da Ásia, que ainda estão bem vivas na memória de todos nós, ou mesmo de outra natureza que abalem a paz social. São casos excepcionais e como tal devem ser tratados. Observe-se que nessa matéria o Congresso não poderá se omitir, haja vista que não havendo deliberação no prazo de trinta dias, a solicitação é tida como aprovada. Como a eficácia da norma deve estar sempre associada a uma cominação legal, a proposta contempla sanção para as hipóteses de seu descumprimento. Assim, o desrespeito à regra constitucional caracteriza crime de responsabilidade. O que se tem em mira é restabelecer o equilíbrio entre os Poderes. As deliberações de um deles não poderão ser anuladas pelo outro. Nesse passo, cabe realçar que, executar uma programação não tem aqui, necessariamente, o significado de concluir uma obra ou serviço, nem de exaurir uma dotação autorizada. Executar uma programação significa dar andamento às ações, no ritmo que as circunstâncias ditarem, para a obtenção de um bem ou serviço, sem descuidar dos princípios básicos da eficiência e da eficácia no emprego dos recursos públicos. Adicionalmente, o cotejo do instrumento proposto com a experiência internacional é sempre pertinente. O caso dos Estados Unidos da América do Norte aproxima-se bastante da nossa realidade, uma vez que naquele país, o sistema de governo é presidencialista – como o nosso – e, igualmente, uma federação. Lá, sempre o Poder Executivo não pode executar uma programação ou, por razões outras, pretende diferir a execução (executá-la posteriormente), o Presidente da República é obrigado a submeter essa decisão à aprovação de uma das Casas do Congresso, que a acolherá ou rejeitará. Portanto, trata-se de instrumento perfeitamente ajustado aos princípios democráticos e ao sistema presidencialista de governo. Para finalizar, lembramos que mantemos a atual possibilidade constitucional de edição de projetos de leis de créditos adicionais (suplementar e especial), uma vez que esses instrumentos estão de acordo com as prerrogativas constitucionais do Poder Legislativo de participar da elaboração da peça orçamentária”. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdelg-getter/documento?dm=383700&ts=1593982725267&clisposition-inline>>. Acesso em: 14.10.2016.

⁴⁴⁶ Para um maior detalhamento sobre o “Levantamento de Problemas e Sugestões para a Melhoria do Processo Orçamentário” realizado pela Comissão Mista do Orçamento do Congresso Nacional, no ano de 2005, ver ELIDA GRAZIANE PINTO, *Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária*, op. cit., p. 94/104.

proposições, para que o Governo pudesse realizar anulações ou contingenciamentos de créditos orçamentários seria necessária prévia autorização legislativa.

Em defesa de uma alternativa que se revelasse mais branda, sem deixar de assegurar um tratamento equilibrado entre o Governo e o Parlamento no processo orçamental, surgiu, ainda no ano 2000, o projeto de Emenda à Constituição nº 28/2000. A Proposta de Emenda à Constituição nº 28/2000 almejava essencialmente alterar o artigo 166, da Constituição Federal, para determinar que o Presidente da República enviasse uma mensagem ao Congresso Nacional para informá-lo a respeito dos créditos orçamentários ou adicionais que não fossem executados no curso do exercício financeiro⁴⁴⁷.

A diferença entre os dois projetos de Emenda à Constituição é que o anterior determinava que o cancelamento ou contingenciamento, total ou parcial, das dotações orçamentárias dependiam de autorização do Parlamento. Por sua vez, a proposta contida na Emenda à Constituição nº 28/2000 estabelecia ser suficiente o envio de uma mensagem subscrita pelo Presidente da República ao Congresso Nacional. Essa mensagem deveria conter as causas que obrigaram o Executivo a promover as anulações dos créditos orçamentários ou adicionais, no ano fiscal, em descompasso ao que fora aprovado anteriormente, pelo Legislativo.

A justificativa para a Proposta de Emenda à Constituição nº 28/2000 é semelhante à tecida na Proposta de Emenda à Constituição nº 22/2000. Os parlamentares reivindicavam maior participação no curso da execução orçamentária, em prol de reequilibrar as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ A proposta de alteração do artigo 166, da Carta Constitucional de 1988 tinha a seguinte redação: “Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual, aos créditos adicionais e à anulação serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum: (...) §9º- O Presidente da República enviará mensagem ao Congresso Nacional para propor a anulação dos créditos orçamentários ou adicionais que não serão executados no decorrer do exercício”.

⁴⁴⁸ A justificativa ofertada pelo Senador Pedro Simon, um dos relatores do projeto de Emenda à Constituição nº 28/2000, foi a seguinte: “A Carta Magna de 1988 concedeu ao Poder Legislativo amplas prerrogativas de participação em todo o ciclo orçamentário, restabeleceu o equilíbrio e promoveu uma sistemática de co-responsabilidade entre os Poderes Executivo e Legislativo na definição das prioridades nacionais e na decisão relativa à alocação dos recursos públicos. Nesse sentido, pode-se afirmar que o Congresso Nacional, ao apreciar os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, não estaria restrito apenas às funções legislativa e de controle, mas a exercer um relevante papel nas decisões políticas do mais alto interesse para o País. De fato, ao apreciar os referidos projetos de lei, está o Parlamento livre para modificá-lo, mediante alterações, ajustes, adequações e correções de erros ou para suprir omissões, ressalvadas apenas as limitações e restrições constitucionais e legais. Porém, em face do caráter vinculado da lei orçamentária, a margem para livre realocação de recursos no processo orçamentário, pelo Congresso Nacional, por meio das emendas individuais, de Bancadas Estaduais e Regionais e de Comissões é significativamente restrita, situada normalmente em torno de 5% do total. As nossas leis orçamentárias, tal como vem sendo postas

No ano de 2003, o senador Paulo Paim apresentou novo projeto de Emenda à Constituição. A proposta sob nº 24/2003 tinha como objetivo tornar obrigatória a execução da lei orçamentária anual, no que diz respeito ao orçamento da seguridade social, envolvendo as áreas da previdência, assistência social e saúde⁴⁴⁹.

em prática, não passam de uma grande 'peça de ficção'. Pouco ou nada valem os esforços de mobilização dos órgãos competentes para montagem de um projeto coerente a ser encaminhado ao Congresso Nacional. Pouco ou nada vale o tempo despendido pelas lideranças partidárias em intermináveis negociações para conciliar os justos e legítimos pleitos das bancadas com assento no Congresso Nacional. Nada disso é levado em consideração pelo Poder Executivo na hora de executar a programação orçamentária aprovada pelo Congresso Nacional. Na verdade, a programação orçamentária tem prestado-se mais como instrumento de barganha política do que realmente como instrumento de solução dos graves problemas que afligem nossa população. Quando o Poder Legislativo tem interesse em aprovar, no Congresso Nacional, projetos que se mostram altamente polêmicos, logo surge a possibilidade de liberação de recursos para execução desta ou daquela obra, sob o argumento de que as reivindicações são meritórias. Assim, o Poder Executivo tem executado os orçamentos ao longo dos anos de acordo com seus interesses, relegando a segundo plano – ou mesmo desconsiderando – as prioridades aprovadas pelo Congresso Nacional, particularmente aqueles decorrentes de emendas parlamentares. Esse procedimento tem resultado em, pelo menos, duas graves distorções: de um lado, faz letra morta a vontade dos congressistas expressa nas emendas; de outro torna inócua a participação do Congresso Nacional no processo de apreciação e de execução orçamentária, violando a harmonia que deve haver entre os Poderes, na medida em que a prerrogativa parlamentar, embora exercitada, não tem sido efetivamente respeitada. É certo, não obstante, que todos gostaríamos de ver o Congresso Nacional empenhado de forma mais efetiva no exercício das prerrogativas que lhe confere a Lei Maior nas áreas de formulação de políticas e programas governamentais, alocação dos recursos públicos, controle dos respectivos gastos e avaliação dos resultados obtidos, com enfoque predominante no atendimento das necessidades sociais. É útil aqui observar a experiência de outros países. Em 1974, o Congresso americano aprovou o Congressional Budgetary and Impoundment Control Act, com objetivo de fortalecer o papel do Poder Legislativo nas decisões orçamentárias. Um dos aspectos motivadores da referida norma foi, em particular, a prática presidencial de reter os recursos necessários para a execução de projetos de interesse dos congressistas. A lei em questão introduziu o mecanismo denominado *rescission* por meio do qual os créditos orçamentários só deixaram de ser executados após anulação autorizada por uma das Casas do Congresso. Creio que o referido mecanismo pode ser introduzido na norma brasileira com algumas adaptações. É o que estou propondo no projeto que trago à consideração dos nobres Senhores Senadores. Por seu lado, a lei orgânica de finanças francesa prevê três modalidades de créditos: estimativos, provisionais e limitativos. As duas primeiras modalidades dizem respeito a créditos que atendem despesas amparadas pela lei, portanto, de execução obrigatória. Os demais créditos são limitativos, ou seja, os seus respectivos valores constituem um limite para a realização das despesas correspondentes. A programação dos créditos limitativos poderá ser executada apenas em parte, ou até mesmo, não ser executada. Em razão disso, com o apoio constitucional e regimental, estamos apresentando esta proposta de emenda constitucional (PEC). Defendo que o princípio de que a vedação ao cancelamento de autorizações orçamentárias deve valer para todas as dotações. A eficácia da disposição constitucional aqui proposta dependerá da aprovação de regulamento que discipline temas como a forma de apresentação das propostas de anulação dos créditos, assim como os prazos para a apresentação e para a apreciação das propostas de anulação. Com esse objetivo, estamos propondo a alteração do §9º do art.166 da Constituição Federal, estabelecendo que a lei complementar ali prevista disciplinará o cumprimento da nova regra constitucional, de forma que a mesma possa cumprir suas importantes finalidades. Dessa forma, estaremos resgatando as prerrogativas do Congresso Nacional e o devido respeito aos nobres colegas, no trato da matéria orçamentária. Por todas essas razões, conclamamos os ilustres pares a engajarem-se, nesta empreitada, porquanto meritória, pois, mais do que o fortalecimento do Poder Legislativo, ela representa uma grande conquista do povo brasileiro". Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415897&ts=1593983097347&disposition=inline> >. Acesso em: 14.10.2016.

⁴⁴⁹ Ao apresentar o projeto de Emenda à Constituição, o Senador Paulo Paim expôs que o Governo Federal tem renegado o orçamento da seguridade social, contingenciando dotações previstas para a área, para fins de cumprimento de metas fiscais e para a produção de superávit primário. Com isso, os setores da previdência, da assistência e da saúde têm sido gravemente prejudicados. Pelas importâncias destes segmentos, o Senador da República apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 24/2003, com o objetivo de obrigar o Executivo a priorizar os direitos relacionados à seguridade social. O objetivo da proposta foi acrescentar o inciso

Em 2008, foi a vez de o Deputado Luís Carlos Hauly apresentar uma nova Proposta de Emenda Constitucional, sob o nº 281/2008. A finalidade foi criar um novo modelo de orçamento, de caráter impositivo e participativo, em contraposição à discricionariedade do Executivo⁴⁵⁰. Pretendia-se alterar a redação do §9º, do artigo 165, da Constituição Federal, para fazer com que a programação contida na Lei Orçamentária Anual fosse de implementação obrigatória⁴⁵¹.

Em 2009, apresentou-se o projeto de Lei Complementar nº 229/2009, de autoria do Senador Tasso Jereissati, que introduziu uma nova ideia no debate político atinente à execução orçamentária. Propôs-se a obrigatoriedade de o Executivo concretizar as dotações orçamentárias previstas nas emendas parlamentares⁴⁵².

É notável, portanto, que por quase duas décadas, o Poder Legislativo debateu entre os seus pares, inúmeras possibilidades para ganhar espaço no campo do orçamento público. Cenário que revela uma insatisfação dos parlamentares quanto à reduzida ingerência legislativa no momento da execução dos gastos públicos em contraposição ao protagonismo do Executivo.

As discussões em torno da limitação dos poderes conferidos pelo Legislador Constituinte ao Presidente da República, no processo de concretização orçamentária, estenderam-se até que, em meados do ano de 2013, a Proposta à Emenda Constitucional nº 22/2000 foi retomada. No entanto, apesar de conter o número de Proposta de Emenda à

XII, no art. 167 da Constituição Federal com a seguinte proibição: “XII – o bloqueio ou contingenciamento de dotações do orçamento da seguridade social”. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3504592&ts=159394383271&disposition-inline>>. Acesso em: 14.10.2016.

⁴⁵⁰ A justificativa do projeto de Emenda à Constituição nº 281/2008 foi no sentido de que o orçamento brasileiro é meramente autorizativo, o que permite que o Executivo altere a proposta orçamentária aprovada pelo Congresso Nacional, de acordo com a sua discricionariedade, sem necessidade de motivação ou de autorização legislativa. Por isso, o Projeto de Emenda à Constituição propõe assegurar à lei orçamentária o seu cumprimento integral. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoes-web/prop_mostrarintegral?codtear=586732&filename=Pec+281/2008>. Acesso em: 11.10.2016.

⁴⁵¹ O §9º, do artigo 165 da Constituição Federal de 1988 ganharia a seguinte redação: “As receitas previstas na Lei Orçamentária Anual para a realização da sua programação serão de execução obrigatória, vinculadas às despesas nela previstas, e deverão ter caráter participativo, impositivo e inclusivo, sob pena de caracterização de crime de responsabilidade.

⁴⁵² O artigo 79 da Proposta de Lei Complementar nº 229/2009 disciplina a Programação Financeira e prevê que: “No caso da União, as dotações incluídas na lei orçamentária por intermédio de emenda de bancada ou individual, nos limites indicados pelo artigo 50, incisos I e II, desta Lei Complementar, devem ser obrigatoriamente executadas em sua totalidade durante o exercício financeiro. §1º- Caso se constate não ter havido a plena execução das dotações referidas no caput deste artigo, o balanço orçamentário da União deverá explicitar, caso a caso, as razões para o descumprimento deste artigo, admitidas apenas razões de ordem econômica, técnica ou ambiental; §2º- Caso o Tribunal de Contas da União considere que a razão alegada pelo Poder Executivo não justifica o descumprimento do disposto no caput deste artigo, o agente público responsável pela execução da despesa será pessoalmente responsabilizado, e possível de punição nos termos da lei orgânica do Tribunal de Contas da União”.

Constituição nº 22-A, de 2000, esse projeto foi reconfigurado pelos parlamentares.

A concepção original objetivava tornar impositiva a programação constante na Lei Orçamentária Anual, salvo em situações excepcionais, dependentes de prévia autorização legislativa. Diferentemente, a nova proposta buscava alterar os artigos 165, 166 e 198, da Constituição Federal e conferir obrigatoriedade às emendas individuais oferecidas pelos congressistas, devidamente aprovadas no bojo do referido estatuto orçamentário.

Após intensos debates, em 17 de março de 2015, promulgou-se a Emenda Constitucional nº 86/2015. Institui-se, no país, o denominado orçamento semi-impositivo. Por seu intermédio, fica estabelecido uma vinculação de receitas para os dispêndios com emendas parlamentares individuais de até 1,2% (um vírgula dois por cento) da receita corrente líquida prevista no Projeto de Lei Orçamentária Anual⁴⁵³, conforme critérios de execução equitativa. O objetivo é fazer com que, na fase de execução orçamental, sejam atendidas, de forma igualitária e impessoal, as emendas propostas, independentemente da autoria.

⁴⁵³ As alterações introduzidas pela Emenda à Constituição nº 86/2015 acrescentaram os seguintes parágrafos ao artigo 166 do texto constitucional: “§ 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde; § 10. A execução do montante destinado a ações e serviços públicos de saúde previsto no § 9º, inclusive custeio, será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2º do art. 198, vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais; § 11. É obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o § 9º deste artigo, em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no § 9º do art. 165; § 12. As programações orçamentárias previstas no § 9º deste artigo não serão de execução obrigatória nos casos dos impedimentos de ordem técnica; § 13. Quando a transferência obrigatória da União, para a execução da programação prevista no § 11 deste artigo, for destinada a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios, independerá da adimplência do ente federativo destinatário e não integrará a base de cálculo da receita corrente líquida para fins de aplicação dos limites de despesa de pessoal de que trata o caput do art. 169; § 14. No caso de impedimento de ordem técnica, no empenho de despesa que integre a programação, na forma do § 11 deste artigo, serão adotadas as seguintes medidas: I- até 120 (cento e vinte) dias após a publicação da lei orçamentária, o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública enviarão ao Poder Legislativo as justificativas do impedimento; II- até 30 (trinta) dias após o término do prazo previsto no inciso I, o Poder Legislativo indicará ao Poder Executivo o remanejamento da programação cujo impedimento seja insuperável; III- até 30 de setembro ou até 30 (trinta) dias após o prazo previsto no inciso II, o Poder Executivo encaminhará projeto de lei sobre o remanejamento da programação cujo impedimento seja insuperável; IV- se, até 20 de novembro ou até 30 (trinta) dias após o término do prazo previsto no inciso III, o Congresso Nacional não deliberar sobre o projeto, o remanejamento será implementado por ato do Poder Executivo, nos termos previstos na lei orçamentária; § 15. Após o prazo previsto no inciso IV do § 14, as programações orçamentárias previstas no § 11 não serão de execução obrigatória nos casos dos impedimentos justificados na notificação prevista no inciso I do § 14; § 16. Os restos a pagar poderão ser considerados para fins de cumprimento da execução financeira prevista no § 11 deste artigo, até o limite de 0,6% (seis décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior; § 17. Se for verificado que a reestimativa da receita e da despesa poderá resultar no não cumprimento da meta de resultado fiscal estabelecida na lei de diretrizes orçamentárias, o montante previsto no § 11 deste artigo poderá ser reduzido em até a mesma proporção da limitação incidente sobre o conjunto das despesas discricionárias; § 18. Considera-se equitativa a execução das programações de caráter obrigatório que atenda de forma igualitária e impessoal às emendas apresentadas, independentemente da autoria”.

Outra consideração relevante refere-se à matéria a ser tratada pelas emendas individuais de cunho obrigatório. Do importe de 1,2% (um vírgula dois por cento) da receita corrente líquida prevista no Projeto de Lei Orçamentária Anual, metade deverá ser destinada às ações e aos serviços públicos de saúde, inclusive de custeio, sendo vetado o emprego desses recursos para o adimplemento de despesas com pessoal ou encargos sociais. Por sua vez, os valores repassados para o cumprimento das emendas individuais na seara da saúde poderão ser debitados do investimento anual mínimo que deve ser executado pela União⁴⁵⁴.

Por fim, a imposição trazida pela emenda constitucional pode ser excepcionada. O não atendimento ao percentual fixado pela Emenda à Constituição pode ocorrer para o Governo cumprir as metas de superávit primário, disciplinadas no anexo de metas fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias. De igual forma, cessa-se a imposição da execução orçamentária das emendas individuais, no percentual previsto, em caso de impedimentos de ordem técnica. Nessas hipóteses, o Parlamento apontará, no prazo de 30 (trinta) dias, o remanejamento da programação orçamentária referente à dotação que não pode ser concretizada.

Destarte, observa-se que das discussões travadas no Congresso Nacional, até o ano de 2015, dois caminhos foram delineados em busca da definição dos limites do Poder Executivo na condução da execução orçamentária⁴⁵⁵.

O primeiro deles seria restringir a intervenção governamental em termos gerais. Nesse sentido, todo e qualquer crédito orçamentário ou adicional previsto na Lei Orçamentária Anual que não fosse implementado no curso do exercício financeiro dependeria de prévia autorização legislativa⁴⁵⁶ ou ensejaria a necessidade de remessa de mensagem pelo Chefe do Executivo ao Parlamento, com as devidas explicações⁴⁵⁷.

O segundo seria limitar o poder orçamentário do Governo apenas e tão somente no

⁴⁵⁴ O percentual mínimo de investimentos federais no campo da saúde foi fixado através da Emenda Constitucional nº 86/2015. Estabeleceu-se que o Governo Federal deverá aplicar 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro com programas e ações de saúde. O percentual de 15% previsto na Emenda Constitucional nº 86/2015 deverá ser gradual até o ano de 2020. A evolução ficou arbitrada da seguinte forma: Em 2016, o percentual gasto pela União foi de 13,2% (treze vírgula dois por cento). Em 2017, de 13,7% (treze vírgula sete por cento) e, em, 2018, de 14,1% (quatorze vírgula um por cento). Por fim, em 2019, o dispêndio será de 14,5% (quatorze vírgula cinco por cento).

⁴⁵⁵ Nesse sentido, ver FERNANDO FACURY SCAFF, *Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86*, Revista Consultor Jurídico, março/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileira-ec-86>>. Acesso em: 05.02.2017 e JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 306/309.

⁴⁵⁶ Cf. texto original da Proposta de Emenda à Constituição nº 22/2000.

⁴⁵⁷ Cf. Proposta de Emenda à Constituição nº 28/2000.

que diz respeito às emendas parlamentares, as quais passariam a ser de cumprimento obrigatório. Das duas opções trabalhadas, prevaleceu à última.

Em nosso entendimento, o Poder Legislativo contentou-se com pouco⁴⁵⁸. Preferiu assegurar os interesses dos parlamentares em relação às suas emendas individuais, as quais, conforme as razões discorridas no item anterior, nem sempre promovem a alocação dos recursos públicos com equidade, racionalidade e probidade. A solução encontrada pelo Parlamento mantém a hipertrofia do Poder Executivo a um preço significativamente pequeno, uma vez que os dispêndios com as emendas individuais representam 1,2% (um vírgula dois por cento) de toda receita corrente líquida prevista no Projeto de Lei Orçamentária Anual.

Em assim decidindo, o Legislativo perdeu uma grande oportunidade de reforçar significativamente a importância do seu papel no controle político do orçamento e abriu mão de fiscalizar mais de perto essa fase tão crucial do ciclo orçamentário. Afinal, o controle orçamentar deve voltar-se não apenas para as ações governamentais realizadas e os seus respectivos custos, como também para os contingenciamentos dos créditos orçamentários realizados pelo Poder Público. Ao observar o processo orçamentário também por esse ângulo e exigir justificativas do Executivo pelas escolhas que caracterizam o não agir estatal, o Legislativo conseguiria compreender e repassar à população as reais razões pelas quais os fins constitucionais não foram contemplados, embora estivessem previstos nos estatutos orçamentais.

⁴⁵⁸ O autor EMERSON CESAR DA SILVA GOMES (*O Direito dos gastos públicos no Brasil*, op. cit., p. 382) analisa criticamente o advento da Emenda Constitucional nº 86/2015 e afirma que a sua promulgação é mais um estímulo às fraudes e aos desvios de dinheiro público, uma vez que reforça um mecanismo já tradicional de fisiologismo político envolvendo as emendas orçamentárias. Outro não é o entendimento de JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 306/316. Segundo o doutrinador, para reforçar efetivamente o legítimo papel do Poder Legislativo durante o ciclo orçamentário faz-se necessária uma maior participação dos parlamentares na elaboração dos projetos dos estatutos orçamentais, bem como a introdução, na ordem jurídica brasileira, de institutos a exemplo do denominado *rescission*, do direito norte-americano. Nessa conformidade, seria necessária motivação por parte da Administração e prévia autorização legislativa para que o Governo anulasse, total ou parcialmente, os créditos orçamentários. Ao tratar da importância do Parlamento para a vida política do país, TIAGO DUARTE (*A lei por detrás do orçamento*, op. cit., p. 195/196 e 530) afirma que: “O conceito moderno de Parlamento, como órgão de fiscalização política do Governo, não pode passar pela visão desse órgão como uma concha oca, ou como uma assembleia carimbante, mas a verdade é que para alguns hoje o Parlamento é quase só um sistema de rituais. Úteis porque legitimam. Fúteis, porque não são criativos, não cumprem as funções de fiscalização e debate, pouco contribuem para a visibilidade da vida pública perante o país e finalmente porque deles muito pouco resulta para o melhoramento da política e sistema de Governo. Derrotado nos meios que tem ao seu dispor por não dominar a máquina administrativa, esmagado pela produção legislativa apresentada por um Governo tecnicamente competente e politicamente legítimo, qualquer tentativa de contra-ataque parlamentar face ao poderio governamental, sempre poderia parecer semelhante ao de um cavaleiro de elmo emplumado que galhardamente lançasse um repto a um carro de assalto”. Sobre a lei do orçamento e da relação travada entre o Parlamento e o Governo nessa seara, o autor lusitano destaca uma constante tensão entre ambos os poderes, o que exige uma reconstrução sucessiva desse relacionamento institucional, no limite do constitucionalmente possível e do politicamente viável.

4.6 O manuseio do orçamento na perspectiva política: o que resgatar do instrumento após a emaranhada relação entre o Executivo e o Legislativo?

No plano ideal pertence ao Parlamento à competência para, em nome da população, autorizar o Governo a promover a arrecadação de receitas e concretizar os gastos públicos que se fizerem indispensáveis para o regular funcionamento do Estado e, principalmente, para o efetivo cumprimento dos objetivos constitucionais. A força normativa da Constituição Federal é extraída do trabalho, conjunto e coordenado, realizado por todos os Poderes da República. Nessa conformidade, o orçamento público, considerado como fundamental instrumento propulsor das ações governamentais, não pode refletir apenas e tão somente a visão unilateral da Administração. Em seu conteúdo, devem constar as prioridades e os compromissos assumidos pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo perante a Nação. Quando o trabalho desenvolvido no ciclo orçamentário não reflete essa associação, a usurpação de competências de um dos poderes frente ao outro provoca iniquidades no regime democrático, dificulta o controle político e possibilita maior suscetibilidade ao arbítrio e às influências de interesses externos que não se coadunam com o bem-estar coletivo.

Com efeito, se os estatutos orçamentários são leis, não se pode deixar de considerar que o poder orçamental do Parlamento configura efetivo poder legislativo, sendo injustificável a sua subalternidade ao poder administrativo⁴⁵⁹. As instituições e a soberania popular devem ser respeitadas em um Estado Democrático de Direito, desde que reflitam comportamentos que sejam lícitos, legítimos e eficazes à gestão pública. O problema é que a teoria nem sempre é fácil de ser transposta para a prática. Em Parlamentos multipartidários as coalizações

⁴⁵⁹ Para MARIA D'OLIVEIRA MARTINS (*A despesa pública justa. Uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça na despesa pública*, op. cit., p. 245), devem ser os atos e os regulamentos administrativos que devem se submeter às leis e não o contrário. Com o mesmo entendimento, tem-se REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Deve o orçamento ser cumprido?* Disponível em <<http://artigos.thomsonreuters.com.br/deve-o-orcamento-ser-cumprido-regis-fernandes-de-oliveira>>. Acesso em: 10.02.2018. O doutrinador questiona a discricionariedade exercida pelo Poder Executivo no momento da execução orçamentária, muitas vezes, desprovida de limites. Em seu entendimento, em um Estado Democrático de Direito o equilíbrio entre os poderes é essencial para o desenvolvimento pacífico da comunidade. Nessa conformidade, o orçamento corresponde, em sua essência, a uma ferramenta de controle político. Por essa razão, é injustificável que o Congresso Nacional fixe as metas no Plano Plurianual, delibere a respeito dos nortes para a aprovação da peça orçamental anual na Lei de Diretrizes e vote as autorizações de receitas e gastos na Lei Orçamentária Anual, sem que isso seja cumprido, na fase executiva pelo Governo. Em assim procedendo, a Administração Pública estaria tripudiando do papel exercido pelo Legislativo brasileiro no processo orçamental. Ao analisar o papel do Parlamento no processo orçamentário português, JOSÉ CASALTA NABAIS (*Da sustentabilidade do Estado Fiscal*, op. cit., p. 29) aduz que o poder parlamentar é muito reduzido em relação aos gastos públicos, restringindo-se a aprovar e fazer pequenos ajustes ao quantitativo de valores apresentados pela Administração, sem dispor de poderes efetivos para controlar realmente os débitos públicos.

tornam-se instáveis, sem compromissos político-programáticos e o tamanho do orçamento aumenta como consequência do incremento do número de partidos políticos. Esse fenômeno ocorre porque raramente o Presidente da República consegue obter governabilidade sem pagar um alto custo por ela.

No Brasil, a realidade não é diferente. Ao contrário. As relações mantidas entre os Poderes Executivo e Legislativo, assim como a interferência política no processo orçamentário, vão muito além das competências formalmente disciplinadas no texto constitucional.

A aprovação de emendas parlamentares em troca de apoio político configura uma prática indissociável do jogo orçamental. Escândalos recentes revelam verdadeiros balcões de negociações mantidos entre o Governo e inúmeros parlamentares, pertencentes a variados partidos políticos, muitos deles sem apego ou fidelidade a programações e ideologias específicas.

Essas patologias institucionais comprometem gravemente a credibilidade do país diante dos próprios cidadãos, dos representantes dos mercados privados, dos organismos internacionais e perante outras nações. Sem dúvida, o Brasil paga um preço extremamente oneroso pelos comportamentos fisiologistas e corruptos realizados por alguns dos seus agentes políticos⁴⁶⁰. Sem falar que a crise de credibilidade prejudica o desenvolvimento econômico e social nacional. Deixa-se de obter investimentos e, por conseguinte, abstém-se de receitas que poderiam ser revertidas para o atendimento das necessidades públicas. E o mais grave: impossibilita que a Administração conduza a execução orçamentária de maneira isenta e eficaz, de acordo com o seu planejamento, o qual deve ser formulado em prol das necessidades públicas prementes, identificadas durante a elaboração do ciclo orçamentário.

O trabalho de diversos atores, inclusive o científico realizado por equipes multidisciplinares, é desconsiderado, sem amparo legítimo e a devida motivação. Esquece-se de que o planejamento estatal sintetiza a união de esforços políticos, financeiros e jurídicos que se voltam para a utilização dos recursos públicos disponíveis, com economicidade, eficácia e eficiência, em prol do cumprimento de metas e de prioridades específicas, em tempo e modo antecipadamente delineados. Apesar desse esforço preliminar, ordenadores de

⁴⁶⁰ ALEXIS DE TOCQUEVILLE (*Da democracia na América*, op. cit., p. 202) destaca que: “Nas aristocracias, os governantes procuram, por vezes, corromper. Com frequência, nas democracias, mostram-se eles mesmos corruptos. Nas primeiras, os vícios atacam diretamente a moralidade do povo. Exercem sobre ele, nas segundas, uma influência indireta que é ainda mais terrível”.

despesas passam o exercício financeiro em estado de alerta, pleiteando apoio e torcendo para que as suas dotações não sofram contingenciamentos ou cancelamentos que inviabilizem a implementação de ações e programas que muitas vezes já fazem parte da expectativa da população, ansiosa por receber serviços públicos de qualidade⁴⁶¹.

O Legislativo, no lugar de fiscalizar o Executivo para que tenha um desempenho resolutivo em prol do bem comum, contribui para acentuar as disfunções do sistema, com intervenções pontuais e direcionadas primordialmente à sua sobrevivência política, ainda que com ganhos sociais marginais e/ou para assegurar os interesses dos financiadores das suas campanhas políticas em detrimento dos seus eleitores, revelando-se um grave problema em torno da representatividade⁴⁶².

Ocorre que a escassez recursal e as inúmeras deficiências sociais são questões que não podem ser ignoradas no país. Não é admissível que no momento de gastar os recursos públicos, o Estado não o faça com racionalidade e isonomia. Ganhos dispersos podem trazer resultados insuficientes se comparados aos passíveis de serem produzidos a partir de uma agenda planejada, com uma visão global de todos os enfrentamentos que se mostram necessários no país.

No entanto, um parêntese deve ser feito para evitar equívocos quanto às conclusões aqui desenvolvidas. Não se trata dos dilemas em torno da governabilidade e da cooperação entre os poderes de forma maniqueísta. O orçamento técnico do Executivo não deixa de ser

⁴⁶¹ Cf. CÉSAR DE MORAES SABAG, *Breves Considerações sobre Deficiências Estruturais do Sistema Orçamentário Brasileiro. Propostas para incrementar a legitimidade e a eficiência do modelo*, op. cit., p. 456. Ver, ainda, RENATA ADRI, *O planejamento da atividade econômica como dever do Estado*, op. cit., p. 116/117.

⁴⁶² Os autores EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA e JEFFERSON APARECIDO DIAS (*A jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, p. 183) destacam que o financiamento de campanhas eleitorais por empresas constituía um dos maiores problemas estruturais do processo democrático, sendo uma das principais causas de corrupção, no país. No sistema misto de financiamento eleitoral, as contribuições extraídas do Fundo Partidário eram irrisórias se comparadas aos financiamentos privados. Os doutrinadores apresentaram um estudo realizado pelo Jornal O Estado de São Paulo em que as contribuições eleitorais de empresas saltaram de 86% (oitenta e seis por cento), no ano de 2008, para 95,1% (noventa e cinco vírgula um por cento), em 2012. Os gastos com as campanhas eleitorais, por sua vez, saltaram de R\$ 800 milhões (oitocentos milhões de reais), em 2002, para R\$ 4,9 bilhões (quatro bilhões e novecentos milhões de reais), em 2010. A empreiteira OAS, investigada pelo Ministério Público na operação Lava Jato, cujos sócios são réus em processos em trâmite na Justiça Federal, encontrava-se, na época, ocupando a posição de segunda maior financiadora de campanhas políticas, no Brasil, com um total de R\$ 21 milhões (vinte e um milhões de reais) doados, formalmente, a partidos políticos. Por fim, para além dos números contabilizados pela Justiça Eleitoral, por meio dos processos de prestações de contas, não se pode ignorar as doações ilegais de campanhas, denominadas de “caixas dois”, que envolvem quantias significativas, as quais não são declaradas formalmente à Justiça Eleitoral, em inobservância ao princípio da transparência. Sobre a crise de representatividade e de legitimação vivenciadas nas democracias ocidentais, ver JORGE REIS NOVAIS, *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 83/85.

concretizado apenas pelas distorções provocadas pelo Legislativo. Há múltiplos fatores que interferem na inexecução orçamental. De outro lado, a hipertrofia do Governo, por si, não permite a imposição unilateral do orçamento sem que o Congresso Nacional, se assim pretender, tenha mecanismos para reagir ou controlar o ciclo orçamentário de forma mais efetiva.

Ao analisar as motivações e as relações de poder existentes entre o Executivo e o Legislativo, percebe-se que não existem somente bons e maus nesse processo. Existem ocupantes de mandatos eletivos com interesses específicos, tentando conduzir a vida política do país de acordo com os seus objetivos, os quais, nem sempre, produzem resultados eficientes e se coadunam às necessidades dos cidadãos brasileiros e aos objetivos constitucionais.

Não há como negar que, da elaboração à execução orçamentária, barganha-se, mutuamente, governabilidade *versus* recursos públicos. Uma moeda de troca de utilização quase que interminável entre os representantes do Governo e os congressistas. E, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 86/2015, tais práticas persistem, com o objetivo de se conseguir receitas para além do teto mínimo de execução compulsória. Uma relação simbiótica, capaz de propagar efeitos nefastos para o equilíbrio das funções desenvolvidas pelos poderes e ao controle político.

Com a execução orçamentária em suas mãos, o Poder Executivo utiliza a flexibilidade que possui para conseguir troca de favores, revelando o seu protagonismo na cena política brasileira, em detrimento de um Legislativo detentor, em grande medida por opção, de um papel meramente coadjuvante. A promulgação da Emenda Constitucional nº 86/2015 é prova disso. A maioria dos parlamentares encontra-se mais preocupada com os seus próprios interesses, com a manutenção do seu *status quo*, do que com a fiscalização do Poder Executivo e com os benefícios legais e legítimos que podem ser assegurados aos seus representados. O Parlamento abstém-se de efetuar um controle efetivo sobre todas as ações do Governo, inclusive no que diz respeito a exigir-lhe explicações sobre as omissões administrativas, nas oportunidades em que deixa de executar, por motivos de contingenciamento, os créditos orçamentários. Ocorre que o papel acessório assumido por muitos congressistas produz sérias disfuncionalidades sistêmicas.

Em verdade, quanto mais o Poder Legislativo participar ativamente dos debates públicos e corresponder às representações pluralistas da sociedade, ínsitas às suas funções,

maior importância terá na condução das políticas públicas e nas escolhas alocativas do país. De outro lado, quanto mais fraca ou ficcional for a sua participação nesse processo, menor peso será dado pela população à representatividade parlamentar. A tendência natural será olhar cada vez mais ao Poder Executivo e deslocar para ele, nessa mesma intensidade, o protagonismo das decisões estatais. A questão é que o desequilíbrio entre os poderes da República tem um preço. E alto. Com ele, abrem-se as portas do Estado para o populismo, para a demagogia e para o totalitarismo impune. Por esse motivo, apesar dos retornos eleitorais obtidos capazes de apaziguar os ânimos dos parlamentares, é inadmissível que o Legislativo não cumpra com a sua parte no Pacto Social e abra mão de prerrogativas essenciais de que dispõe para o correto desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

A sua participação na construção e na execução do orçamento público, eixo fundamental para a concretização dos fins estatais descritos na Carta Constitucional de 1988, é fundamental. A construção da democracia no país depende de recursos públicos que, por sua vez, dependem de autorização e de controle legislativo. Para que se cumpram objetivos voltados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária e à erradicação da pobreza e das desigualdades sociais é necessário que o Poder Público proporcione aos cidadãos oportunidades para o livre desenvolvimento da sua personalidade. E a aplicação de tais direitos custa. Sem eles, a efetiva participação política e o exercício da cidadania não se perfazem, desestabilizando-se o pilar democrático de sustentação da República Federativa do Brasil. Essa instabilidade no sistema, capaz de comprometer os seus fundamentos, beneficia apenas e tão somente aqueles que baseiam a sua sustentação política em práticas fisiologistas e clientelistas, em absoluto desacordo aos requisitos de probidade administrativa, que devem nortear a vida pública no país.

No Brasil, o costume não é se viver para a causa política, mas sim viver-se da política⁴⁶³. A inversão de valores retira do processo político orçamental uma das suas características mais salutares: o debate público sério, dialético e heterogêneo a respeito da alocação dos escassos recursos públicos. Trata-se da participação de todos para com todos, em um processo no qual a sociedade civil e seus representantes eleitos devem ouvir e serem ouvidos. Fato é que pouco ou nada adianta ter uma tributação eficiente e moderna se, no

⁴⁶³ Cf. MAX WEBER, *A política como vocação*, op. cit., p. 60/61. Para o autor, é notória a diferença entre se viver para a política e da política. Quando se vive da política se observa que as relações institucionais se degeneram. As lutas partidárias se transmutam para a luta pelo controle dos cargos públicos, que são valiosas moedas de troca. Em contrapartida aos serviços leais, os líderes partidários distribuem cargos de todas as espécies.

momento da concretização do gasto estatal, o trato com o dinheiro público não for desenvolvido nos mesmos moldes ⁴⁶⁴, deixando de envolver planejamento, legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e transparência.

O descrédito no manuseio ético do orçamento, a sobreposição do Executivo sobre o Parlamento, retirando muito da efetividade do controle legislativo e o distanciamento social de decisões alocativas importantes constituem fenômenos que fragilizam instituições, partidos, políticos e, como dito em passagem anterior, a política em si e os próprios cidadãos. Quando os serviços públicos não se concretizam, as pessoas podem até não saberem exatamente quais iniquidades sistêmicas precederam o resultado e que, ao final, comprometeram o seu êxito. Contudo, na visão dos cidadãos, algo não vai bem. A Constituição Federal e os direitos fundamentais não vão bem. Ao não se sentirem fazendo parte do sistema, a lógica natural do indivíduo é repensá-lo a qualquer custo.

Nessa conjuntura, em que se percebe um interesse de redesenhar a arquitetura institucional será que a melhor alternativa seria transferir o poder político e as decisões financeiras dele decorrentes aos burocratas, dotados de uma visão gerencial, mais racional e técnica? Estariam eles isentos das disfuncionalidades sistêmicas e das condutas deletérias? Ou formariam os burocratas um grupo ainda mais vulnerável a práticas corporativistas e suscetíveis aos grupos organizados de pressão, uma vez que não se submetem ao escrutínio popular periódico, durante os pleitos eleitorais?⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Cf. AMAN KHAN e W.BARTLEY HILDRETH, *Budget theory in the public sector*, Quorum Books, Westport, 2002, p. X. Ver, também, ESTEVÃO HORVATH, “Poder Executivo e Orçamento Público”, In George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr. (Coords.), *Crise nos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 989/1005.

⁴⁶⁵ Ao tratar do método burocrático, SERGIO JUND (*Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, op. cit., p. 11/12) aponta como características o caráter racional das normas e regulamentos; a impessoalidade nas relações; a hierarquia da autoridade; as rotinas e os procedimentos formais e devidamente padronizados; a previsibilidade do seu funcionamento; a especialização da administração e a profissionalização dos participantes. A partir da implantação desse modelo no setor administrativo público do país o autor destacou como vantagens um incremento no combate à corrupção e ao nepotismo; um maior controle nos processos administrativos e orçamentários, além da profissionalização do serviço público e o seu acesso mediante meritocracia. De outro lado, não deixou de indicar disfuncionalidades, tais como a permanência de comportamentos fisiologistas, em razão da cultura impregnada nas relações interpessoais e a dificuldade enfrentada pelos burocratas de não se voltarem às ideias corporativas, em prol da manutenção do seu *status quo*. Nesse mesmo sentido, apontando para as vantagens e para os perigos decorrentes da burocracia estatal, ANTONIO L. DE SOUSA FRANCO (*Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 86) afirma que, em razão do conhecimento técnico e racional, os burocratas condicionam mais as decisões dos governantes e parlamentares do que são comandados por eles. Por igual motivo, os burocratas têm melhores condições de levantar os problemas, estipular as alternativas e concretizar as decisões. Os seus interesses básicos consistem em permanecer no emprego público; aferir aumentos salariais; ascender na carreira e assegurar vantagens e prerrogativas. De outro giro, almejam trabalhar menos; ganhar influência política e social e aumentar os gastos públicos com a manutenção e o incremento da máquina burocrática do Estado. A socióloga MARIA PAULA

De fato, é necessário corrigir os rumos institucionais. Porém, deve-se ter cuidado para não se formular uma resposta apriorística para indagações repletas de nuances e complexidades. Em nosso entendimento, mais importante do que escolher quem ocupa o poder é definir em que bases esse poder será exercido. O Estado Social concebido pelo Poder Constituinte visa a arrecadação de recursos com o propósito de promover a repartição de riquezas e a justiça social. Esse é o fim que deve ser perquirido, tanto pelos políticos, quanto pelos burocratas. É nessa direção que o *stablishment* pátrio deve caminhar. O servidor estatal, seja ele ocupante de mandato eletivo, de cargo ou emprego público, terceirizado, ou detentor de qualquer outro vínculo público deve estar a serviço da população, para o atendimento das suas necessidades. Posto isso, independentemente do modelo de reforma administrativa e política a ser implantada no Brasil, deve ela se despir da herança patrimonialista ainda presente na atualidade. É preciso que seja mantida, nas palavras de Max Weber “uma honra estamental altamente desenvolvida”⁴⁶⁶. O Estado de Direito pressupõe confiança nas instituições e nos seus representantes.

Por essas razões, a obtenção de vantagens pessoais e, muitas vezes, indevidas por parte dos agentes públicos não pode ser tolerada pelos cidadãos como se tratasse de uma conduta corriqueira dentro do espaço público. O sistema precisa funcionar em consonância aos parâmetros e às finalidades constitucionais e não à sua margem. É essencial que cada brasileiro preze e lute pela honestidade e pela moralidade em relação aos gastos públicos. O povo que admite a desonestidade e a imoralidade no seu dia a dia, nos seus atos individuais, nas instituições públicas e privadas com as quais se relaciona, certamente terá governantes com comportamentos semelhantes ocupando posições de destaque no cenário nacional.

Assim, é importante questionar se estratégias políticas adotadas frequentemente pelo Executivo em relação ao orçamento, com a conivência do Legislativo, tais como as

DALLARI BUCCI (*Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*, op. cit., p. 231/232) destaca que a burocracia estatal deve ser analisada criticamente e não como um corpo dotado de neutralidade na Administração. Trata-se de um grupo organizado, com potencial efetivo para interferir nas escolhas públicas em prol dos seus interesses corporativos, o que enfraquece a noção de interesse geral. Sobre a relação do tema com os fenômenos denominados “*lobbying*”, “*rent seeking*” e corrupção ver NAZARÉ DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 373/374.

⁴⁶⁶ Cf. MAX WEBER, *Economia e Sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva*, vol 02, Ed. Fundação Universidade de Brasília, Brasília, 1999, p. 536. O doutrinador alemão sustenta que sem honra estamental pairaria sobre os cidadãos perigosos riscos de conviverem em um Estado caracterizado por práticas corruptas impregnadas no cotidiano diante da ignorância geral. Para RAYMUNDO FAORO (*Os donos do poder*, vol. 01, op. cit., p. 351), o descrédito no poder e nas pessoas que o ocupam gera o poder sem freio, o poder incontrolável e arbitrário. Sem confiança, o ato de governar deixa de existir. Surge o ato de mandar. O respeito e a confiança institucional saem de cena para imperar o temor reverencial, o poder do poderoso sobre o fraco.

realizações de contingenciamentos sem as devidas motivações, podem ser passíveis de controle por parte de outras instituições ou se compõem o regular exercício do seu poder discricionário. Não sem antes investigar se o orçamento constitui uma peça meramente previsional ou se contém dispositivos de cunho obrigatório, com capacidade para vincular o agir governamental.

CAPÍTULO 5

O CONTEÚDO NORMATIVO DO ORÇAMENTO PÚBLICO: UM PROBLEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

5.1 O orçamento público sob um enfoque jurídico-constitucional

O orçamento público constitui, desde os seus primórdios, um exemplo paradigmático da ligação íntima e, ao mesmo tempo, da tensão permanente existente entre os Poderes Executivo e Legislativo.

A construção do orçamento público corresponde a um caminho nem sempre trilhado, de forma linear e visível, nos domínios do politicamente oportuno e do financeiramente possível. Trata-se, portanto, de um tema que envolve arranjos políticos sistemáticos, em torno da divisão do poder, do equilíbrio entre as funções do Governo e do Parlamento e do controle das atividades estatais. Por sua vez, em que pese o caráter político do orçamento público, não se pode deixar de olhar o instrumento também sob o prisma jurídico-constitucional. Afinal, há espaço para o direito constitucional avançar nessas águas tão turbulentas.

A força normativa desses expedientes legais encontra justificativa, na medida em que a consecução dos objetivos constitucionais depende essencialmente do orçamento, braço financeiro do Estado. Não por acaso, o orçamento sempre encontrou guarida expressa nos textos constitucionais brasileiros. E, com a Constituição Federal de 1988 não foi diferente. O Legislador Constituinte compreendeu a importância do instituto. E por isso lhe concedeu extenso e detalhado tratamento.

Ocorre que, apesar do expresse amparo constitucional, na prática, dificuldades surgem durante o desenvolvimento do ciclo orçamentário. Nem sempre as peças orçamentais contemplam os comandos plenamente determinados no texto constitucional e/ou nos expedientes infraconstitucionais. Há casos em que se consagram formalmente tais determinações, mas o Poder Executivo não os executa e o Parlamento não realiza o devido controle. De fato, há um fenômeno preocupante no Brasil em relação a pouca adesão dos gestores às peças orçamentárias aprovadas pelo Parlamento.

É preciso, portanto, analisar, em que medida o plano jurídico-constitucional pode

interferir na solução desses entraves de ordem política. É necessário investigar, segundo uma argumentação de natureza dogmático-jurídica, quais deveres jurídicos governamentais podem ser extraídos dos dispositivos orçamentários, bem como se há direitos subjetivos que deles podem decorrer em favor dos cidadãos. Se a flexibilidade orçamentária constitui um instrumento realmente necessário ao gestor e que motivos impedem a Administração Pública de cumprir o orçamento aprovado pelo legislador democraticamente legitimado.

É válido ressaltar que não se trata de questionamentos simples, tampouco recentes na história do constitucionalismo⁴⁶⁷. A doutrina e a jurisprudência têm, há séculos, se debruçado sobre o tema, com o objetivo de saber se o orçamento possui caráter autorizativo ou impositivo. Teorias jurídicas no campo das finanças e do direito constitucional têm enfrentado com entusiasmo as problemáticas em torno da reserva de lei, da concepção das leis orçamentárias como lei em sentido formal e/ou material e do relacionamento entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Há sérias divergências quanto à obrigação do Governo executar as dotações incluídas nos estatutos orçamentários, bem como sobre o dever de pautar os seus gastos de acordo com os limites ali fixados.

A título de exemplo tem-se a crise orçamental prussiana que envolveu exatamente essa problemática e se desenvolveu na segunda metade do século dezenove. Esse conflito pretérito é uma importante amostra do dilema existente entre os Poderes Executivo e Legislativo no campo orçamental, com impactos amplos, de natureza política, mas também de ordem constitucional. Justamente com o objetivo de sanar, sob uma perspectiva jurídica, a incoerência sistêmica político-constitucional e prevenir novos incidentes, Paul Laband apresentou, na Prússia, a sua teoria sobre a lei orçamentária, a qual foi responsável pela consolidação e divulgação global da denominada teoria clássica do orçamento.

Essa teoria secular é essencial para a análise do conteúdo normativo do orçamento, cujos postulados influenciaram a concepção orçamental mundial, inclusive

⁴⁶⁷ O autor ANTONIO LOBO XAVIER (*O orçamento como lei. Contributo para a compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português*, op. cit., p. 228/229) ressalta que é preciso, antes de tudo, esclarecer que ao tratar dos poderes financeiros e à sua cooperação constitucional, está-se, em verdade, analisando a forma como o Governo e o Parlamento dividem entre si as funções relacionadas com a criação e a cobrança dos impostos e com o orçamento. E, embora sejam institutos tradicionais do Direito Financeiro, concebidos em sua visão clássica, uma vez que são contemplados, há muito tempo, no texto das Constituições, não se pode olvidar que esses instrumentos também assumem, na contemporaneidade, um significado jurídico ainda não completamente compreendido. O conteúdo e o alcance jurídico efetivo do orçamento e do princípio da autorização parlamentar dos impostos não correspondem a temas encerrados no ordenamento de muitos países. Para o doutrinador, em Portugal, desde que entrou em vigor a Constituição de 1976, a Comissão Constitucional e, mais tarde, o Tribunal Constitucional, não pararam de se pronunciar sobre estes assuntos, assim como a doutrina não desenvolveu completamente todas as suas implicações.

contemporaneamente. Por esse motivo, não se pode deixar de discorrer sobre ela.

5.2 A Teoria Clássica do Orçamento

Os breves apontamentos históricos tratados no capítulo anterior, no momento em que se analisou a crise orçamental prussiana, são fundamentais para posicionar a teoria clássica orçamentária no seu tempo, espaço e circunstância. Afinal, para uma melhor compreensão da teoria labandiana faz-se necessária contextualizá-la com a realidade política e institucional vivenciada no momento da sua concepção.

Com efeito, a crise orçamentária prussiana surgiu por dois motivos principais. Um de ordem política, ocasionado pela falta de governabilidade do Executivo em relação ao Legislativo. E outro de natureza constitucional. A Carta Magna prussiana de 1850 instituiu uma forma monárquica dualista, centralizada na figura do Monarca, ao passo que também contemplou premissas de cunho liberal, como quando previu que cabia ao Parlamento a aprovação do orçamento público. Dessa dualidade ideológica surgiu lacunas sistêmicas geradoras de impasses entre ambos os Poderes, as quais não foram antevistas, tampouco arbitradas pela Carta Constitucional. É fato que se o Governo tivesse sustentação política ou a Constituição solucionasse antecipadamente os conflitos dessa natureza, a crise prussiana não teria se prolongado por lapso temporal tão extenso e, muito provavelmente, não tivesse influenciado a formação de uma teoria orçamental nos moldes da apresentada por Paul Laband.

A teoria clássica do orçamento foi desenvolvida para legitimar juridicamente a monarquia dualista vigente no país em detrimento do Parlamento⁴⁶⁸ e, acabou por influenciar inúmeros ordenamentos, em momentos, locais e circunstâncias bem diversos do existente na

⁴⁶⁸ Para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*A Lei do orçamento na Teoria da Lei*, op. cit., p. 545), a teoria clássica do orçamento surgiu após os conflitos vivenciados entre a monarquia dualista germânica e o Parlamento. Para o constitucionalista lusitano, tratava-se de um Governo que se dizia ter poderes originários e um Parlamento que se atribuía legitimidade democrática. A introdução da teoria clássica apaziguou juridicamente um conflito essencialmente político. Posicionamento defendido também por TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 36 e 48; FRANCISCO CAMPOS, *Orçamento- Natureza Jurídica*, Revista de Direito Administrativo, nº 71, Rio de Janeiro, jan/março de 1963, p. 454/456 e SANDOVAL ALVES DA SILVA, *Direitos Sociais. Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*, op. cit., p. 156/157. Esse último autor pontua que a teoria dualista labandiana teve o objetivo histórico de eliminar da competência do Parlamento a apreciação da lei orçamentária, para colocá-la com exclusividade no âmbito de apreciação do Governo. Dessa forma, ao Poder Legislativo caberia disciplinar, em profundidade, as regras relativas aos direitos dos cidadãos, enquanto ao Rei competiria o plano de gestão financeira do Estado. Por ter conteúdo administrativo, o orçamento seria submetido ao Parlamento apenas por ter forma de lei e para atender a exigência de participação parlamentar, mas, em caso de crise, incumbiria ao Monarca tomar as decisões envolvendo a gestão orçamentária.

Prússia, no final do século dezenove.

Para Paul Laband, o critério para definir um estatuto como verdadeira lei é o seu conteúdo⁴⁶⁹. Nessa conformidade, caberia ao Parlamento deliberar e aprovar expedientes que regulamentassem situações jurídicas capazes de interferir diretamente na esfera individual do cidadão, ainda que não fossem gerais ou permanentes. Isso porque para o autor, a generalidade e a abstração, apesar de constituírem elementos comuns às leis, não são requisitos essenciais para as suas existências. As leis em sentido meramente formal, por sua vez, não tocam explicitamente na vida dos indivíduos. Constituem manifestações de vontade do Estado para atender atividades internas, administrativas, cuja edição precisa respeitar uma formatação mais complexa, dependente da aprovação parlamentar. Criou-se, assim, o critério dicotômico das leis, dividindo-as em sentido formal e material, o qual se estendeu aos domínios orçamentários.

O orçamento, na teoria clássica, é concebido como a representação documental de uma conta que se refere aos gastos e aos ingressos a serem realizados pelo Estado, no futuro. Encontra-se no âmbito das atribuições internas da Administração Pública, associadas à organização estatal, como um mero plano de gestão. Desse modo, somente pode ser chamada de lei pelo seu aspecto formal, eis que a Constituição prussiana determinou que a sua edição não pudesse prescindir de manifestação parlamentar.⁴⁷⁰

De acordo com a sua linha de pensamento, a peça orçamental não impõe uma ordem, tampouco uma proibição. Não interfere na esfera jurídica dos indivíduos, não cria direitos e deveres na esfera alheia. Não possui conteúdo ínsito a uma norma jurídica. É uma mera previsão decorrente da gestão financeira do Executivo, para garantir a continuidade do

⁴⁶⁹ Para PAUL LABAND (*Derecho Presupuestario*, Tradução de José Zamit, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 09/10), o critério fundamental para definir uma regra jurídica como lei em sentido estrito é o seu conteúdo. A forma como o Estado declara uma regra jurídica não faz qualquer diferença. Isso porque a sua forma não tem o condão de classificá-la como lei em sentido material.

⁴⁷⁰ Sobre o orçamento, PAUL LABAND (*Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 23) afirma que não se trata de uma lei em sentido material propriamente dita. Em seu entendimento, o orçamento nada mais é do que uma conta que contempla as receitas e os gastos a serem concretizados no futuro. Uma verdadeira estimativa antecipada dos ativos e passivos do Governo. Por esse motivo, não tem qualquer relação com a ideia de lei propriamente dita, transitando de forma mais apropriada como uma das atribuições da Administração Pública. A autora MARCELA ROSA ABRAHÃO (*As restrições aos Direitos Fundamentais por ato normativo do Poder Executivo*, Ed. Almedina, São Paulo, 2017, p. 112/113), quando trata da reserva de lei na construção dogmática alemã, analisa a teoria dicotômica de Laband e a compara à fórmula “liberdade-propriedade”. Em seu entendimento, poderia ser considerada lei material, na concepção labandiana, toda regra que afetasse a liberdade e/ou a propriedade do indivíduo, sendo, portanto, considerada norma jurídica. Logo, nestas hipóteses, a efetiva participação parlamentar no processo legislativo seria exigida. Sobre a temática, ver ainda JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *A Lei do orçamento na Teoria da Lei*, op. cit., p. 549 e 573.

funcionamento da máquina pública. Por esse motivo, *a priori*, não é considerada como uma lei em sentido material.

Interessante destacar que Laband admite não haver qualquer impossibilidade de inclusão de dispositivos legais de cunho material no bojo do estatuto orçamental, contanto que haja acordo entre o Governo e as duas Câmaras⁴⁷¹. Por outro lado, se não forem previstos dispositivos com conteúdo material, a imposição constitucional de aprovação legislativa do orçamento não seria capaz de modificar a natureza intrínseca do orçamento, de mero ato administrativo⁴⁷².

É claro que definir com precisão o que constitui um ato materialmente legislativo não constitui tarefa fácil. O autor, inclusive, não descarta a possibilidade de existirem novos conflitos entre os poderes sobre o tema. Justamente para tentar dirimir eventuais crises políticas, Laband sustenta que o orçamento precisa conter dispositivos pormenorizados⁴⁷³, sem prejuízo da liberalidade assegurada ao Governo de decidir executá-los ou não, durante o desenvolvimento da atividade financeira do Estado.

Em seu entendimento, o dispositivo da Constituição prussiana que classifica o Orçamento Geral do Estado como lei somente pode ser interpretado sob um único viés. No sentido de que a sua legitimidade dependeria do consentimento das Câmaras. A necessidade de ser referendado pelo Parlamento tem relação com o princípio da separação dos poderes. Como se tratasse de um processo interno da Administração que contasse com a participação dos parlamentares, mas não de uma atividade propriamente legislativa, capaz de produzir efeitos jurídicos aos cidadãos⁴⁷⁴. Entendimento diverso, na visão de Laband, acarretaria uma distorção no sistema, uma vez que inverteria as funções de cada um dos poderes. Para ele,

⁴⁷¹ O autor PAUL LABAND (*Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 29) ressalta que se a Administração e as Câmaras Legislativas estiverem de acordo em incluir uma regra de conteúdo material dentro da Lei do Orçamento e a Coroa a sancionar, a sua validade jurídico-pública não pode ser questionada.

⁴⁷² Ao analisar criticamente a obra de Paul Laband, FRANCISCO CAMPOS (*Orçamento- Natureza Jurídica*, op. cit., p. 455) conclui que, para Laband, assim como para a maioria dos teóricos do direito constitucional alemão à época, a Constituição continha natureza unicamente política. Desse modo, as violações constitucionais não poderiam ter qualquer sentido, alcance ou consequência de caráter jurídico. A partir dessa compreensão histórica é possível entender a tentativa de Paul Laband e dos seguidores da sua doutrina de rebaixar a lei orçamentária a um mero cálculo da Administração, de valor puramente aritmético ou contabilístico, em que apenas eram previstas as receitas e as despesas nacionais.

⁴⁷³ Cf. PAUL LABAND, *Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 103.

⁴⁷⁴ Nas palavras de PAUL LABAND (*Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 23): “el derecho que compete constitucionalmente a la representación popular en estos dos aspectos – en cuanto que es ella la que ha de aprobar el Presupuesto y a quien se han de presentar, para su comprabación, las cuentas del estado - no se tipifica como una participación em el llamado poder legislativo, sino como una participación em el llamado poder ejecutivo”.

cabe ao Executivo e não ao Parlamento definir a maneira de governar o país, de modo que não se pode admitir que o Legislativo altere o plano do Executivo, os recursos necessários para a sua implementação e, por conseguinte, as opções e as prioridades governamentais.

De outro lado, a teoria labandiana chama a atenção para o fato de o orçamento ser constituído por duas partes diversas. Uma delas de natureza vinculada, capaz de limitar a atuação não só do Parlamento, como também do Governo. Segundo o seu entendimento, os poderes Executivo e Legislativo precisam, respectivamente, contemplar e respeitar as previsões de determinadas despesas, tais como as que possibilitam o pagamento de obrigações decorrentes de leis e de contratos jurídicos firmados pela Administração, bem como os recursos necessários para a manutenção das instituições estatais permanentes, a exemplo das universidades, do exército, dos cargos públicos e das prisões. Dessa forma, a intervenção parlamentar não pode comprometer as despesas necessárias para o atendimento de obrigações conformadas pela legislação vigente⁴⁷⁵. O Parlamento somente poderia alterar dotações que recaíssem sobre previsões não vinculadas a leis e aos contratos vigentes, assim como que não prejudicassem a continuidade do funcionamento estatal⁴⁷⁶.

No que diz respeito às demais despesas, percebe-se que a teoria labandiana é construída sob a premissa de que o orçamento é uma peça meramente previsional, em que são descritas as receitas e as despesas públicas futuras. E como tal, compete à Administração executar, com flexibilidade, os gastos que entender convenientes para o cumprimento do seu plano de governo. Isso porque, em regra, o instrumento orçamental não contempla dispositivos que lhe conferem verdadeira força de lei, ou seja, que contenham ordens e proibições⁴⁷⁷. Essas decorrem de outras leis anteriores ou de contratos previamente pactuados com a Administração.

Afinal, segundo o seu entendimento, seria uma desfaçatez exigir que o Governo estivesse obrigado a executar todas as dotações financeiras estimadas em lei, uma vez que o ato de governar é repleto de incertezas, as quais são geradas por circunstâncias nem sempre previsíveis, tais como se observa anualmente nas flutuações das arrecadações. Nessa

⁴⁷⁵ Sobre o tema, PAUL LABAND (*Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 35/36) aduz que a faculdade da representação política está condicionada a uma divisão do orçamento em duas partes: a primeira referente às despesas circunscritas e asseguradas pelo direito vigente e outra que está fora do âmbito jurídico, inserido na política e tutelado pela Administração.

⁴⁷⁶ Cf. PAUL LABAND, *Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 61/65.

⁴⁷⁷ Cf. PAUL LABAND, *Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 89/90. Segundo o autor, para que o orçamento contivesse autêntica força de lei seria preciso que figurasse em seu conteúdo uma ordem positiva e ao mesmo tempo uma proibição, ambas direcionadas ao Governo.

conformidade, o Governo poderia gastar menos do que o previsto, como também poderia gastar mais do que fora orçamentado⁴⁷⁸. Nesse caso, para legitimar os gastos em excesso, poderia ser solicitada, tal como feito por Guilherme IV, uma aprovação parlamentar *a posteriori*⁴⁷⁹, a qual seria concedida ou não pelo Parlamento, a depender da sustentação política do Governo, no momento. Mas seria uma solicitação com o propósito de meramente apaziguar eventuais indisposições políticas, em demonstração de respeito e consideração entre os poderes.

Para comprovar que esse é o entendimento possível de ser extraído do ordenamento jurídico prussiano, Laband sustentou que o descumprimento da lei orçamentária não configuraria qualquer espécie de infração⁴⁸⁰, tampouco ocasionaria responsabilização do Governo ou dos seus ministros⁴⁸¹. Na monarquia dualista vigente na Prússia, os integrantes do Governo eram livremente nomeados e exonerados pela Coroa, sem qualquer interferência do Legislativo. De outro lado, o Monarca podia dissolver o Parlamento. A título de exemplo, apenas no ano de 1862, durante o ápice da crise orçamental prussiana, o Parlamento foi dissolvido em duas oportunidades pelo Monarca Guilherme IV, como retaliação por não promover a aprovação da lei orçamentária, tal como pretendida pelo Governo. Assim, a recusa do Parlamento em aprovar o orçamento não impactaria na manutenção das funções do Governo, tampouco na continuidade dos compromissos por ele assumidos. O orçamento continuaria a ser executado pelo Executivo, sem a sua responsabilização em decorrência da falta de autorização parlamentar. A única consequência prática proveniente dessa situação conflituosa para o Governo seria assumir, perante a população, toda e qualquer responsabilidade pelas suas ações, sem compartilhá-la com o Parlamento. Para a teoria labandiana, o papel do Poder Legislativo é significativamente limitado em comparação ao Governo, inclusive e principalmente no que diz respeito ao orçamento público.

Destaca-se que a teoria clássica do orçamento e a concepção dicotômica das leis construídas por Laband, sob a perspectiva constitucional prussiana e sob os pressupostos de um sistema monárquico dualista, foram exportadas para outros países europeus, a exemplo da

⁴⁷⁸ Cf. TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 54/55.

⁴⁷⁹ Cf. artigo 104, §1º da Constituição da Prússia.

⁴⁸⁰ Para PAUL LABAND (*Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 90), se a pretensão é conferir ao orçamento autêntica força de lei, em sentido material, é necessário que sejam previstas as infrações legais nas hipóteses de violações da Lei Orçamentária, o que não se verificava no ordenamento jurídico prussiano.

⁴⁸¹ O autor supramencionado (*Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 113) menciona que o artigo 61, da Constituição da Prússia trata da responsabilização dos Ministros do Governo, em certos casos, como de suborno ou traições. Contudo, nada dispõe sobre eventuais violações orçamentárias.

França e da Itália, detentores de contextos políticos e históricos, bem como de realidades constitucionais bastante diversas dos vivenciados na Prússia, à época. Pode-se afirmar, portanto, que a teoria dicotômica das leis teve e tem uma longevidade surpreendente⁴⁸².

Na França, a teoria clássica do orçamento foi recepcionada principalmente por Léon Duguit e Gaston Jèze⁴⁸³.

Ao construir a sua teoria, Léon Duguit separou o orçamento em duas partes, quais sejam o orçamento das receitas e o orçamento das despesas. Enquanto o orçamento das receitas constituiria uma lei propriamente dita, dotada de conteúdo material, o orçamento das despesas compreenderia um ato administrativo, mas necessariamente condicionado pela forma de lei. Trata-se, em realidade, de um ato-condição.

O doutrinador francês fundamentou o seu entendimento em relação ao orçamento das receitas baseando-o no princípio da anualidade dos impostos, vigente na França. Para dar-lhe cumprimento, todos os anos, seria necessária a promulgação de uma nova lei para a cobrança tributária, uma vez que com o decurso do exercício financeiro, a lei anterior estaria automaticamente revogada. Essa deliberação periódica por parte do Parlamento encontraria razão de ser, na medida em que as regras relativas à arrecadação tributária produziram impactos diretos na vida dos cidadãos.

No que pertine às despesas públicas, embora não considerasse a lei orçamental como verdadeira lei em sentido material, Duguit divergiu em certo sentido de Laband. Como visto,

⁴⁸² Segundo TIAGO DUARTE (*A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 61), uma análise abstrata e equidistante da doutrina labandiana revelaria que não se tratava de uma teoria facilmente exportável para nações cujas Constituições não vigorassem os pressupostos mínimos que fundamentaram a elaboração do conceito de lei material e formal, na Prússia. No entanto, a realidade revelou-se diversa. Para o doutrinador, países de matriz parlamentar acabaram por praticar, ainda que de modo inverso, o mesmo equívoco cometido na Prússia e que a levou para o conflito orçamentário. Isso porque se a Prússia introduziu um elemento liberal numa Constituição que o não era, os demais países que importaram a teoria labandiana viriam a incluir um elemento não liberal em Constituições de matriz parlamentar. Em assim procedendo, essas nações deram azo às mesmas espécies de disfunções e paradoxos já vivenciados no sistema constitucional prussiano. Sobre as diferenças nos regimes políticos de monarquia constitucional, ver JORGE REIS NOVAIS, *Teorias das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 70/74. Analisando a implantação da teoria labandiana para outras nações europeias, ver também MARIA LÚCIA C. A. AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indenizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 239/240; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 311 e JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*A Lei do Orçamento na Teoria da Lei*, op. cit., p. 546/571). Para o autor, a distinção entre lei em sentido material e lei em sentido formal desenvolvida por Laband, no contexto prussiano, está diretamente atrelada à questão orçamentária, transformando-se em um dogma científico propalado para outros países europeus, como para a França e para a Itália.

⁴⁸³ Sobre o tema, ver TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 63/70; RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 106/118 e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 320/321.

para o jurista germânico, a não aprovação do orçamento pelo Parlamento não acarretaria consequências jurídicas ao Governo, o qual poderia executar os gastos públicos, mesmo sem contar com a autorização legislativa. Já Duguit entendeu que a Administração não poderia concretizar dispêndios sem que houvesse a referida autorização por parte do Parlamento, sob pena de ausência de legitimidade democrática do Governo ao promover os gastos públicos, como também de responsabilização civil dos seus Ministros. Ademais, o Parlamento não poderia se recusar a aprovar as despesas previstas no orçamento que serviriam ao pagamento de obrigações decorrentes de leis e ao funcionamento contínuo das instituições do Estado. A sua liberdade de atuação, desprovida de consequências legais, seria restrita às despesas que não decorressem de lei material preexistente. A recusa integral do orçamento deveria ser vista, ainda, como uma prova da ausência de governabilidade do Executivo, com consequências políticas ao gestor.

Por fim, o trabalho de Duguit outorgou maior importância ao Parlamento do que Paul Laband. O doutrinador francês reconheceu que a intervenção dogmática alemã fora construída em bases constitucionais diversas, com nítido protagonismo executivo. Por isso, deixou claro o seu entendimento em relação ao Legislativo e ao importante papel por ele desempenhado no controle de gastos concretizados pelo Governo⁴⁸⁴.

A posição sustentada por Léon Duguit em relação ao orçamento não foi seguida pelo também doutrinador francês Gaston Jèze. Para este autor, o orçamento é concebido como um ato essencialmente político, sem significação jurídica, responsável por externar contabilmente o plano de ação governamental. Um instrumento a serviço do Governo e, em último plano, dos partidos políticos que lhe conferiram uma maioria no Parlamento. Por tratar de questões gerenciais e de organização interna da Administração Pública, o orçamento, segundo o seu entendimento, jamais poderia ser tratado como uma lei.

A concepção de lei na teoria construída por Jèze tem similitude com a doutrina desenvolvida por Paul Laband. Para ser considerada uma lei em sentido material, o expediente teria que conter um preceito jurídico, uma regra de direito. Por sua vez, para Jèze, a lei material exigiria generalidade e atendimento a situações perpétuas e não transitórias.

⁴⁸⁴ A respeito da temática, ver RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 94/97; TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 67/72; RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, op. cit., p. 106/113; REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 320/321 e JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *A Lei do Orçamento na Teoria da Lei*, op. cit., p. 562/564.

Em seus estudos, Jèze também dividiu o orçamento entre o orçamento das receitas públicas e o orçamento das despesas públicas. Mas, diferentemente de Duguit, entendeu que a aprovação do orçamento das receitas constitui apenas um ato-condição para legitimar a cobrança de impostos, anualmente, no país. Dessa feita, refutou a ideia de que o orçamento seria uma autêntica lei com conteúdo material, mesmo no caso do orçamento das receitas públicas, posto que desprovido de generalidade.

No que concerne ao orçamento das despesas públicas, Jèze compartilhou do entendimento de Laband e de Duguit, no sentido de que as inscrições dos dispêndios públicos no orçamento, concebido sob a forma de lei, não tem o condão de automaticamente assegurar um direito subjetivo ao particular. Por outro lado, o Parlamento não poderia efetuar emendas que inviabilizassem as obrigações anteriormente assumidas pelo Governo. Entendimento diverso comprometeria a segurança jurídica e a confiança dos envolvidos. Mesmo tratamento deveria ser dispensado às despesas relativas ao funcionamento dos serviços públicos instituídos por lei. Nesse sentido, o Legislativo não poderia alterar ou deixar de aprovar as dotações necessárias para o atendimento de ambas as finalidades.

Em caso de recusa parlamentar do orçamento, Gaston Jèze concordou com Paul Laband. Nenhuma consequência jurídica poderia ser aplicada em desfavor dos membros que compõem o Executivo, nem mesmo de cunho civil aos Ministros de Governo. O autor ressaltou, apenas, que apesar de não gerar desdobramentos sob o ponto de vista jurídico, a não aprovação do orçamento teria repercussões políticas, uma vez que evidenciaria a falta de sustentabilidade do Governo frente aos parlamentares, que o visualizariam com descrédito.

Assim como no ordenamento francês, o dualismo legislativo de matriz germânica recebeu aceitação na doutrina italiana, com destaque para os autores Federico Cammeo e Santi Romano.

Para Federico Cammeo, o orçamento seria dividido em duas partes, compostas pelas receitas e pelas despesas públicas. No que concerne aos gastos, o orçamento constituiria uma lei formal, uma vez que os seus dispositivos não conteriam comandos gerais acrescidos de sanção. Ao Parlamento competiria o papel de autorizar o Governo a realizar os dispêndios. Sem essa aprovação, o Poder Público não poderia concretizar quaisquer gastos, ainda que as punições a serem aplicadas ao gestor fossem de natureza política e não jurídica⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Cf. TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p. 82.

De outro lado, o autor italiano Santi Romano⁴⁸⁶ considerou o orçamento como um ato administrativo, apenas sujeito à aprovação do Legislativo. Entretanto, o Parlamento não poderia realizar alterações na proposta orçamentária. O seu papel seria apenas e tão somente de formular sugestões e de direcioná-las ao Governo, a quem competiria executá-las, segundo o seu juízo discricionário⁴⁸⁷.

Assim, percebe-se que a teoria clássica do orçamento instituída por Paul Laband foi um marco doutrinário de extrema importância para o debate jurídico em torno do tema orçamentário. Essa teoria, que teve como pano de fundo a crise orçamentária entre o Executivo e o Parlamento prussianos, teve força suficiente para influenciar o ordenamento jurídico alemão, mesmo após o término das instituições imperiais, com o advento do regime democrático e com a promulgação de uma nova Constituição. De igual forma, mesmo com posicionamentos divergentes⁴⁸⁸, a concepção clássica do orçamento foi bem recepcionada em

⁴⁸⁶ Apesar de não se tratar do objeto da presente investigação, não se pode deixar de mencionar a teoria desenvolvida por Santi Romano que concebeu o direito como instituição. Para o doutrinador italiano, a ordem jurídica é uma construção única, completa e concreta, equiparável a uma instituição. O desenho institucional desenvolvido por Santi Romano pressupõe que o direito é formado por três elementos essenciais: a sociedade, a organização social e a sua origem. Logo, o direito concebido como uma instituição é todo ente ou corpo social, com existência efetiva e com características que o individualizam, mas que compõem um todo dotado de coerência, provenientes desses alinhamentos sociais, das relações mantidas entre os seres humanos, as quais podem sofrer arranjos variados com o tempo, mas cujas organizações se dão permanentemente. Sobre o tema, ver SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Ed. Firenze, Sansoni, 1945; VINICIUS FERNANDES ORMELESI, *O ordenamento como instituição: revisitando Kelsen e Romano*, Revista Espaço Acadêmico, nº 176, ano XIV, jan./2016, p. 41/52 e TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao Estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 3ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2001.

⁴⁸⁷ Em concordância com a posição de Santi Romano, a respeito do enquadramento jurídico do orçamento ser um mero ato condição que autoriza a execução de dispêndios pelo Poder Público, ver ORESTE RANELLETTI, *Lezioni di diritto finanziario*, Ed. Cedam, Padova, 2009, p. 52/54.

⁴⁸⁸ Na Espanha, a teoria clássica do orçamento também recebeu críticas. Entre os divergentes, destaca-se FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA (*Hacienda y derecho*, T. I, 1ª edição, 2ª reimpressão, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 446/450). Para esse doutrinador, a concepção clássica do orçamento não se sustenta diante das novas funções de planejamento atribuídas ao Poder Público. A lei orçamentária deve ser considerada como uma lei em sentido pleno, de conteúdo normativo. Em seu âmbito são encontrados dispositivos diversos, inclusive normas que inovam ou modificam o ordenamento positivo. De igual forma, ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREJO, *Introducción al derecho financiero- Un ensayo sobre los fundamentos teóricos de derecho financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976, p. 173/175. O autor defende que o orçamento não constitui tão somente uma conta de natureza contábil entre as receitas e despesas públicas. O orçamento, instituto essencial ao Estado de Direito, contempla faculdades e deveres governamentais em matéria financeira. Em Portugal, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1º volume, 1ª edição brasileira/4ª edição portuguesa, Coimbra Editora e Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 1116/1120) ressaltam que a lei do orçamento é uma lei em sentido formal e material. A Assembleia da República tem competência para não somente aprovar a lei no plano formal, como também para lhe conferir conteúdo material. Assim, apesar das suas peculiaridades, tais como o prazo de vigência (princípio da anualidade) e regime específico de formação, a lei do orçamento é uma lei como as outras. Compartilhando desse entendimento, tem-se TIAGO DUARTE, *A lei por detrás do orçamento*, op. cit., p. 296 e 298. O autor sustenta o caráter material da lei do orçamento e faz uma interessante crítica à teoria labandiana. Para ele, ao delinear a sua teoria jurídica, com fundamentos e objetivos políticos, Paul Laband pretendeu minorar a ausência ou a intempestividade da aprovação do Orçamento do Estado pelo Parlamento. E ao fazê-lo apequenou, também, o papel do próprio Poder Legislativo. Tiago Duarte ressalta que apesar da concepção

ordenamentos jurídicos de diversos outros países, com diferentes conjunturas políticas e constitucionais, a exemplo da França, da Itália e, também, do Brasil.

5.3 O enquadramento jurídico das leis orçamentárias no Brasil

Como se percebe, construções semelhantes à teoria labandiana foram desenvolvidas ao longo do tempo, em diversos ordenamentos, posicionando o orçamento como um ato essencialmente político, desprovido de força normativa.

Nessa conformidade, a peça orçamentária clássica não constitui um instrumento de planejamento. A sua estrutura enfatiza os aspectos contábeis e financeiros. Logo, os meios e não os fins são considerados prioritários. O controle que incide sobre o modelo tradicional orçamental é o de legalidade. O fato de receber a forma de lei não modifica a sua natureza. O seu conteúdo não contempla nenhuma regra jurídica, mas apenas a descrição financeira prevista pelo Poder Executivo e, em seguida, autorizada pelo Poder Legislativo, para fins de viabilização dos gastos públicos, o que poderia ser justificável em uma realidade em que vigorava a forma de governo monárquico dualista, com toda a sua estrutura política administrativa fundada essencialmente na legitimidade monárquica⁴⁸⁹.

Para os seus seguidores, a formatação do orçamento por meio de lei constitui uma mera formalidade, sem conteúdo jurídico, incapaz, portanto, de produzir efeitos nessa seara. Posto isso, as consequências decorrentes da lei orçamentária são de natureza política, exaurindo-se no âmbito do Governo e do Parlamento⁴⁹⁰.

dicotômica das leis ter sido recepcionada com maior euforia em tempos de outrora, perdendo a sua preponderância na contemporaneidade, certo é que persiste uma tensão, uma espécie de situação mal resolvida. Ainda se verificam presentes vestígios na doutrina e na jurisprudência de uma realidade que se julgava superada.

⁴⁸⁹ Sobre a forma monárquica dualista, ver JORGE REIS NOVAIS, *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 71/74.

⁴⁹⁰ Apesar de se posicionar contrariamente, FRANCISCO CAMPOS (*Orçamento- Natureza Jurídica*, op. cit., p. 450) resume a teoria labandiana. De acordo com o entendimento do doutrinador alemão, o orçamento, estabelecido pelo Poder Legislativo, não é uma lei propriamente dita. E se o for, apenas pode ser considerada como lei em seu aspecto formal. Materialmente falando, no entanto, no que diz respeito ao seu conteúdo, o estatuto orçamental não é uma lei. A forma da lei não tem o condão de transmutá-lo, de alterar a natureza do seu conteúdo. Ainda sumariando o posicionamento labandiano, Francisco Campos ressalta que para a teoria clássica do orçamento o conteúdo da lei orçamentária não consiste em norma ou preceito jurídico, mas somente meras estimativas referentes às receitas e às despesas que serão efetivadas no futuro, no exercício financeiro seguinte. O Parlamento, na deliberação e aprovação do orçamento, não desempenha uma intervenção juridicamente normativa. Trata-se de uma atividade de natureza executiva ou administrativa. Ao final, conclui que para Paul Laband e seus seguidores o orçamento, embora contenha a forma de lei por imperativo constitucional, não deixa de ser apenas um ato da Administração Pública. TIAGO DUARTE (*A lei por detrás do orçamento*, op. cit., p. 57) analisa criticamente a teoria labandiana e sustenta que: “a teoria de Laband possui uma contradição que acompanha toda a sua obra. Ao tentar negar a importância do orçamento no sistema jurídico prussiano, Laband

A questão é saber se essa teoria encontra sustentação no atual ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Esse é o momento de se perguntar se há comandos normativos a serem extraídos dos estatutos orçamentários criados pela Constituição Federal de 1988 ou se são, apenas, simples atos governamentais, com forma e aparência de lei, sem significação jurídica. De igual forma, deve-se investigar se os expedientes legais correspondem a uma mera autorização para que o Poder Executivo possa realizar os gastos públicos ou se o orçamento público deve ser integralmente cumprido pelo gestor, após a aprovação Parlamentar.

Trata-se, por conseguinte, de assuntos que perpassam sobre a natureza jurídica da lei orçamentária, sobre a influência do dualismo legislativo labandiano, sobre as espécies de comandos contidos em seu bojo, bem como sobre os desdobramentos previstos para os casos de eventuais descumprimentos dos estatutos legais.

5.3.1 O dualismo legislativo orçamentário encontra amparo constitucional no país?

Esse é um dos temas mais polêmicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina e a jurisprudência pátrias não conseguem obter consenso sobre a natureza jurídica das leis orçamentárias. Há aqueles que consideram as leis orçamentárias como leis meramente formais e outros que não reputam qualquer diferença entre essas e as demais leis vigentes no país, detentoras de conteúdo material.

A justificação para a divergência doutrinária persistir por tantos anos, no país, somente pode ser encontrada em razão da forte influência da teoria clássica na construção da história orçamental brasileira. A divisão dicotômica dos referidos expedientes legais foi importada, acriticamente, da Prússia para a realidade brasileira, desde muito cedo, mesmo em um contexto diverso, vigente a partir da Constituição Federal de 1891.

A monarquia dualista prussiana não correspondia à forma republicana e ao sistema presidencialista advindos com a primeira Constituição da República. No Brasil, vivia-se um momento de ruptura com as antigas tradições monárquicas. A queda do Imperador D. Pedro II

talvez tenha sido o autor que melhor compreendeu o potencial que o domínio do orçamento representa ao nível do equilíbrio de poderes em qualquer sistema político-constitucional. Conclui que ao tentar desvalorizar juridicamente o orçamento, o efeito teria sido exatamente o inverso. O estatuto orçamental ressai ainda mais valorizado”.

e o término do poder moderador fortaleceram a importância das leis e o papel do Poder Legislativo, visto como uma instituição composta por representantes escolhidos pelo povo para justamente dar-lhe voz. Ademais, os fins e fundamentos que embasaram a teoria alemã não encontravam, aqui, o mesmo amparo. Enquanto na monarquia dualista prussiana, o regime de governo encontrava-se fundado na figura do Rei, considerado como origem e fundamento do poder, na cena institucional brasileira, o poder moderador havia deixado de existir. Com efeito, as relações mantidas entre os poderes e a delimitação das forças políticas entre o Executivo e o Parlamento não eram as mesmas enfrentadas pelos alemães, na década de sessenta do século dezenove.

Ocorre que a importação irrestrita de teorias estrangeiras, sem considerar as especificidades próprias dos ordenamentos que as recepcionam, pode ocasionar disfunções sistêmicas graves e retirar a própria efetividade normativa dos dispositivos constitucionais. Nessa conformidade, as distinções no campo das formas políticas e dos regimes de governo existentes nas realidades prussiana e brasileira são marcantes e não podem ser desconsideradas, uma vez que, em nosso entendimento, impactam diretamente na temática em exame⁴⁹¹.

Não obstante, apesar das diversidades conjunturais observadas, a teoria labandiana e seus desdobramentos na doutrina francesa e italiana também ganharam adeptos no Brasil⁴⁹², desde o final do século dezenove e mesmo após a Constituição Federal de 1988⁴⁹³.

⁴⁹¹ É válido frisar que, nesse período, a forma política prussiana caracterizava-se por forte centralidade na figura do monarca. E isso impactava diretamente nas questões relacionadas à legitimidade para a elaboração e para a execução orçamental. De acordo com FRANCISCO CAMPOS (*Orçamento- Natureza Jurídica*, op. cit., p. 455) a teoria de Paul Laband sobre a peça orçamental não tem fundamento lógico, nem jurídico. As suas razões são históricas e tem como raízes as tensões no relacionamento entre as instituições políticas da Alemanha do século XIX. O sistema posto demonstrava as visíveis influências do espírito feudal e absolutista, ainda vigentes, em que pese às aparências evidenciadas por meio de um regime pseudo-constitucional. Para o autor, carecia à Alemanha um conceito jurídico de Constituição.

⁴⁹² Entre eles, destacam-se ALBERTO DEODATO, *Manual de Ciências das Finanças*, 20ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1984, p. 32/34; ALIOMAR BALEEIRO, *Uma introdução à ciência das finanças*, op. cit., p. 411 e HELLY LOPES MEIRELLES, *Finanças Públicas Municipais*, Ed. RT, São Paulo, 1979, p. 70/72. Para o primeiro, a peça orçamental é apenas uma conta de natureza aritmética e contábil, representativa de um plano econômico do Governo. Não cria tributos, tampouco derroga leis fundamentais. Para o segundo, o orçamento é uma lei puramente formal, sem conteúdo material de lei. Por essa razão, não pode criar direitos, tampouco instituir deveres.

⁴⁹³ Nessa conformidade, têm-se RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 65/99; EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O direito dos gastos públicos no Brasil*, op. cit., p. 21/37; KIYOSHI HARADA, *Direito Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 85/86; SERGIO MENDES, *Administração Financeira Orçamentária. Teoria e Questões*, op. cit., p. 07/10; MANOEL NÓBREGA, *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002, p. 30/34; AUGUSTINHO PALUDO, *Orçamento Público, AFO e LRF*, op. cit., p. 07/08 e CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*, op. cit., p. 53/5. Ao analisar a

Para os que concordam com os ensinamentos introduzidos pela teoria clássica de Laband, as leis orçamentárias são identificadas como lei apenas porque atendem a um rito legislativo solene, previamente disposto no texto constitucional. Os seus defensores sustentam que os estatutos orçamentários são desprovidos de conteúdo material, eis que não inovam, tampouco introduzem normas na ordem jurídica. Seus dispositivos não contêm nenhum preceito jurídico, uma vez que deles não se extraem nenhuma ordem ou proibição. São institutos criados com o exclusivo objetivo de autorizar a Administração Pública a arrecadar recursos e a concretizar despesas, sem criar direitos subjetivos e modificar leis. Trata-se, dessa feita, de leis formais, sem a necessária generalidade e permanência ínsita às leis materiais. Ao contrário. Possuem efeitos concretos, com duração equivalente ao período do exercício financeiro.

Os argumentos favoráveis sustentados pelos defensores dessa concepção formalista do orçamento público podem ser assim resumidos:

a) Primeiramente, o orçamento é concebido como um plano de gestão, de significação política e como tal não tem a capacidade de determinar que o gestor realize determinada despesa, mesmo após a observância dos trâmites constitucionais e legais para a sua aprovação e vigência. O papel do orçamento é autorizar os gastos públicos. Em seu bojo existem meras previsões, as quais serão concretizadas, a depender da avaliação de conveniência e oportunidade por parte do gestor. Afinal, no curso do exercício financeiro, a realidade econômica e social pode alterar-se, comparando-se ao contexto inicial que ensejou a criação da lei orçamentária. Nesse sentido, é importante assegurar ao Governo certa flexibilidade para definir, de acordo com os recursos disponíveis, as escolhas políticas que pretende executar;

b) os efeitos produzidos pelo orçamento são de natureza política, encerrando-se no âmbito do Executivo e do Legislativo. Não disciplina juridicamente as ações governamentais frente a terceiros. Não cria direitos subjetivos⁴⁹⁴, os quais devem ser estabelecidos por outras

natureza jurídica do orçamento, o último conclui que se pode verificar que o orçamento tem um tratamento diferenciado no plano constitucional, caracterizando-se como uma lei especial de conteúdo determinado, tendo por objeto a estimativa das receitas e a autorização das despesas. O orçamento constitui uma lei formal, por meio da qual se consolida o posicionamento ideológico da Administração Pública. Trata-se de uma lei anual, de efeitos concretos, responsável por estimar as receitas e fixar as despesas, mas sem o caráter de lei em seu sentido material.

⁴⁹⁴ Cf. MANOEL NÓBREGA, *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*, op. cit., p. 99. Nessa mesma linha de entendimento, RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 76) aduz que a peça orçamental é lei formal, de previsão de receitas e de

leis, preferencialmente de natureza permanente.

c) O orçamento, em razão da sua duração anual, não constitui uma lei abstrata. Ao contrário. É uma lei de efeitos concretos, criada para regular situações que tenham ocorrido dentro do lapso temporal específico da sua vigência. Por essa razão, não há possibilidade de reprodução das hipóteses nela previstas no futuro, o que retiraria o seu caráter material⁴⁹⁵.

De outro lado, apesar de inúmeros adeptos, a teoria clássica do orçamento recebeu críticas de parte da doutrina nacional⁴⁹⁶, mais inclinada à tese da lei orçamentária enquanto lei de natureza material. Esse entendimento ganhou reforço por parte de diversos autores, após a promulgação da Constituição Federal de 1988⁴⁹⁷.

Para os defensores dessa corrente oposta à teoria labandiana, a divisão dicotômica do orçamento não se justifica, no Brasil, inclusive e principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988. Não existem leis que não são efetivamente leis, denominadas de leis em sentido formal, como sustentado pela teoria clássica. Deve-se extrair a força normativa das leis⁴⁹⁸.

Em nosso posicionamento, esse, aliás, parece ter sido o entendimento adotado na Constituição Federal de 1988, pelo Legislador Originário. Ao tratar das finanças públicas não há dispositivo que evidencie o dualismo legislativo. Ao contrário. Os artigos 165 e 166 da

autorização de despesas, sem que direitos subjetivos sejam estabelecidos. Para o autor, o orçamento exerce mera função limitadora dos dispêndios realizados pelo Governo.

⁴⁹⁵ O autor KIYOSHI HARADA (*Direito Financeiro Tributário*, op. cit., p. 86) sustenta que a lei orçamentária é, na realidade, uma lei de efeito concreto que deve vigorar pelo período determinado de um ano, fato que, do ponto de vista material, retira-lhe o caráter de lei. Esse também é o entendimento de SERGIO MENDES, *Administração Financeira Orçamentária. Teoria e Questões*, op. cit., p. 08.

⁴⁹⁶ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Orçamento- Programa no Brasil*, op. cit., p. 98 e FRANCISCO CAMPOS, *Orçamento- Natureza Jurídica*, op. cit., p. 456.

⁴⁹⁷ Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, Tomo II, vol VI, op. cit., p. 198/199; MAURÍCIO BARROS, *Orçamento e Discricionariedade*, op. cit., p. 975/1007; SERGIO ASSONI FILHO, “Controle de Constitucionalidade da Lei Orçamentária”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 21/40; JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 54/61; SANDOVAL ALVES DA SILVA, *Direitos Sociais, Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*, op. cit., p. 155/165 e RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, op. cit., p.119/142.

⁴⁹⁸ Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, op. cit., p. 199. Os doutrinadores entendem que a lei orçamentária, após se submeter ao processo legislativo que lhe é próprio, torna-se lei, de igual eficácia como qualquer outra lei. Ver, ainda, MARCO CALDEIRA, *Actos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, op. cit., p. 145/146 e JORGE MIRANDA “Sentido e Conteúdo da Lei como Acto da Função Legislativa”, In Jorge Miranda (Org.), *Nos dez anos da Constituição*, Ed. Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1987, p. 181/182. A autora MARIA D’OLIVEIRA MARTINS (*A despesa pública justa*, op. cit., p. 245), ao analisar a sistemática portuguesa, mas cujos ensinamentos podem ser transpostos para a realizada brasileira, sustenta que o poder orçamental da Assembleia da República corresponde a efetivo poder legislativo, sendo indefensável a sua submissão ao poder administrativo, uma vez que deve ser o ato administrativo que deve ser subserviente à lei e não o contrário.

Constituição Federal de 1988 declaram, de forma expressa, que os expedientes orçamentários são leis e não leis meramente formais ou atos administrativos que precisam ser referendos pelo Parlamento.

Não se pode olvidar que esse comportamento se estende na íntegra do texto constitucional. A Carta Constitucional disciplinou todas as deliberações emanadas sob a forma legislativa de igual modo, atribuindo-lhes força de lei, com significação jurídica e não apenas política. Denota-se que o Legislador Constituinte fez menção a variadas outras leis, diversas ao plano orçamental, tratando a todas da mesma maneira, ou seja, simplesmente como leis. A título de exemplo, citam-se os artigos 172 e 182, da Constituição Federal de 1988, que estabelecem que leis, e não leis em sentido formal ou material disciplinarão os investimentos de capital estrangeiro e o desenvolvimento urbano, respectivamente. Não há diferença, dessa feita, entre a terminologia que se encontra disposta no título atinente ao orçamento, à ordem econômica financeira ou à política urbana, inexistindo justificativa para conferir-lhes tratamentos desiguais.

A aceção material da lei orçamentária decorre, ainda, do fato de o Legislador Constituinte ter instituído como regra constitucional a competência de aprovação orçamentária ao Poder Legislativo, facultando-lhe, inclusive, a possibilidade de alterar o texto orçamental, salvo em hipóteses restritas⁴⁹⁹.

Utilizando-se de uma perspectiva histórica para se interpretar a Constituição de 1988, percebe-se que o cenário nacional, pós-ditadura militar, almejava fomentar o papel do Legislativo Nacional. Diferentemente do pano de fundo que baseou a ideia labandiana, o Poder Originário Constitucional encontrou a sua sustentação no regime democrático e no sistema representativo, condicionando às ações governamentais à periódica fiscalização a ser

⁴⁹⁹ Segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*A Lei do Orçamento na Teoria da Lei*, op. cit., p. 557), a possibilidade de introdução pelo Poder Legislativo de alterações no orçamento oferecido pelo Poder Executivo caracteriza a recepção, pelo ordenamento jurídico, do caráter material do instituto. O autor destaca que em certas ordens jurídicas, sob a influência da teoria da lei formal, restringe-se a intervenção do Parlamento à mera autorização para a cobrança de receitas e para a concretização de dispêndios públicos. Por sua vez, nos ordenamentos mais alinhados com a concepção material do estatuto orçamental, a possibilidade de participação parlamentar na alteração dos seus dispositivos é admitida. Por outro viés, mas igualmente conferindo força material à lei orçamental, JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Orçamento-programa no Brasil*, op. cit., p.272) afirma que se tratasse de mero ato administrativo, desprovido de força normativa, os servidores públicos administrativos não precisariam cumprir as metas previstas na programação orçamentária, de acordo com as restrições dispostas na lei do orçamento. De igual maneira, poderiam deixar de atender as ações e programações descritas no estatuto orçamental, sem qualquer motivação, ou apenas e tão somente com a mera explicação de que não eram obrigados a implantá-los, porquanto a lei não lhes confere mais do que uma autorização para tal. Se considerasse a lei orçamentária como um ato administrativo, o Poder Executivo não seria obrigado a prestar contas da sua execução, perante o Congresso Nacional.

desempenhada pelo Legislativo, por instituições públicas independentes, a exemplo do Tribunal de Contas e do Ministério Público e pela própria população. Se tratasse apenas de ato administrativo com aparência de lei, como advogado pela teoria alemã, o Poder Executivo poderia alterá-la, sem autorização prévia parlamentar, desde que respeitasse o teto máximo fixado no expediente orçamentário. Poderia ignorar as alterações legislativas implementadas durante a fase de deliberação e aprovação orçamental pelo Congresso Nacional. De igual forma, não seria necessário que o Governo prestasse contas da execução orçamentária ao Poder Legislativo. Como mero ato administrativo, essa exigência se tornaria completamente desnecessária. Eventuais descumprimentos estariam isentos de quaisquer consequências jurídicas aos gestores. Resquícios totalitaristas que não se coadunavam, em absoluto, com o movimento das “Diretas Já” e com o processo de redemocratização presente no país, à época.

Tutelar as ideias clássicas orçamentais é de certa maneira defender uma concepção com vestígios ditatoriais, compreensíveis, em certa medida, no espaço, tempo e circunstância em que a teoria foi desenvolvida, na Prússia. Em uma época em que vigorava a forma de governo monárquica dualista, focada na figura central do Rei, em detrimento dos demais poderes. Porém, os seus argumentos conjunturais não se sustentam hoje. Não mais. Muito menos no Brasil. Com efeito, os tempos mudaram. Na República Federativa do Brasil, tais interesses soavam obsoletos logo após a promulgação da Carta Magna e ainda soam. Por esse motivo, não merecem guarida. Não se pode conceber um Estado, que se diz Democrático de Direito, sem prestação de contas, sem transparência e sem fiscalização efetiva de poder. Controle esse em sua acepção ampla, não praticado apenas após o cometimento dos atos governamentais, na fase de execução orçamentária, em tom repressivo. O controle deve se dar também de forma preventiva, no momento em que a Casa Legislativa é conclamada para deliberar e votar o orçamento público. Ademais, ao tratar a lei orçamentária como uma mera conta de natureza contábil, retira-se do orçamento público a sua importante funcionalidade de instrumento de planejamento do Estado⁵⁰⁰, de ato de direção política fundamental, com

⁵⁰⁰ Novamente em tom crítico, FRANCISCO CAMPOS (Orçamento- Natureza Jurídica, op. cit., p. 458) afirma que para construir a sua teoria orçamental, Paul Laband parte, preliminarmente, de uma concepção de natureza unicamente dogmática. Ele enxerga no orçamento apenas aquilo que é mais evidente, isto é, um cálculo matemático, uma relação contábil entre despesas e créditos. De outro lado, o doutrinador alemão não observa, ou não quis fazê-lo, para aquilo que se encontra mais a fundo, até de maneira invisível. Para além das cifras aritméticas, das contas orçamentárias, existe a razão primordial da sua existência. O seu potencial para o planejamento da gestão financeira do Estado. Outro não é o entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Orçamento-programa no Brasil*, op. cit., p. 267/275. Em sua obra, o autor sustenta que o orçamento das despesas contém uma programação governamental. Logo, servem de instrumento para a realização de objetivos constitucionais determinados. Por esse motivo, deve ser tratada como lei em sentido material, uma vez que é

capacidade de impactar juridicamente nas relações mantidas pela Administração perante terceiros.

Não é demais repetir que pensamento diverso até poderia ser justificável no momento do desenvolvimento da teoria clássica do orçamento, ápice do liberalismo, oportunidade em que o papel do Estado era diminuto, restrito às funções estatais de respeito e proteção aos direitos de propriedade, liberdade e segurança. Por sua vez, com o surgimento do Estado Social, essa realidade se altera. Principalmente, após o texto constitucional de 1988, que imputa à Administração diversas tarefas governamentais, de cunho prestacional, algumas com forte densidade normativa, de cumprimento obrigatório. É preciso, portanto, que o orçamento acompanhe essa realidade e passe a ser utilizado também como ferramenta de gerenciamento não apenas político, mas jurídico, com força normativa, em prol do atingimento dos objetivos traçados pelo texto constitucional. Significa dizer que a lei orçamentária anual precisa ser um instrumento capaz de administrar o binômio: escassez recursal *versus* necessidades sociais. E, prever, em seu bojo, os recursos suficientes para o cumprimento dos fins e das prioridades constitucionais disciplinados na Constituição Federal, refletidos e priorizados no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ademais, é necessário descrever as dotações orçamentárias que serão destinadas à implementação das políticas públicas ali contidas, as quais devem ser efetivamente cumpridas, salvo em situações excepcionais e devidamente justificadas, oportunidade em que as ações e as omissões da Administração serão objeto de controle realizado *a posteriori*, segundo critérios de legalidade, legitimidade e economicidade.

O papel do Parlamento, portanto, não se encerra com a mera autorização de previsão de receitas e despesas. Vai muito além. A sua participação deve ser ativa em todo o ciclo orçamentário, para que o Governo seja fiscalizado e responda pelas irregularidades eventualmente praticadas. E a sua intervenção conta com apoio de outras instituições, como também dos próprios cidadãos.

Por essas razões, a doutrina que se contrapõe à ideia clássica destaca que a manutenção de uma teoria, importada de uma realidade diametralmente oposta à atual brasileira, pode provocar consequências graves em termos de coerência sistêmica⁵⁰¹. Como

capaz de produzir efeitos jurídicos concretos, sujeitando a atividade do Estado às regras nela submetidas, bem como os particulares, que poderão ter as suas relações jurídicas com o Poder Público, alteradas pelas normas orçamentárias.

⁵⁰¹ Para SANDOVAL ALVES DA SILVA (*Direitos Sociais, Leis Orçamentárias como Instrumento de*

compatibilizar o orçamento-programa ou, até mesmo, o orçamento participativo com a concepção de orçamento em sentido meramente formal, desprovido de efetivo controle parlamentar? Como permitir que a condução orçamental seja feita exclusivamente pelo Governo, sem qualquer responsabilidade pelo desatendimento injustificado dos dispositivos traçados no texto orçamentário, muitas vezes decorrentes da própria Constituição, de leis infraconstitucionais e de pactuações firmadas pelo Estado com particulares?

Admitir a construção labandiana seria apequenar a função do Parlamento. Seria reduzir a efetividade social da Constituição, na medida em que nenhuma sanção jurídica poderia ser imposta ao Governo, nas hipóteses de inadimplemento ou desvios orçamentais. Nesses casos, as prioridades e as imposições constitucionais perderiam muito da sua força normativa e seriam reduzidas ao “limite posto pelo orçamento⁵⁰²”.

Para evitar a ocorrência de tais disfunções no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, esses doutrinadores, com os quais concordamos, entendem que a lei orçamentária deve ser interpretada como lei, em sua acepção formal e material. A dicotomia legislativa, ou seja, a divisão entre leis formais e materiais, não se faz pertinente, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Afinal, com maior ou menor densidade e independentemente das suas peculiaridades em relação à sua formação e vigência, as leis orçamentárias são verdadeiras normas jurídicas, na medida em que disciplinam a atividade governamental frente a terceiros e as relações jurídicas dela decorrentes⁵⁰³.

Implementação, op. cit., p. 162), Laband desconheceu a história parlamentar na Inglaterra, desde 1215, sendo a sua teoria somente compatível com a realidade prussiana em que viveu. Em seu entendimento, no Brasil, essa teoria se encontra dissonante do texto constitucional introduzido pela Carta Magna de 1988, sendo conflitante com o poder de emendas parlamentares, disposto no seu artigo 166 §2º e §3º; com o princípio da programação orçamentária, previsto no artigo 165, §4º e artigo 166, §33º, I e §4º; com o princípio do Estado Democrático de Direito, descrito no artigo 1º e com a eficácia dos direitos fundamentais de segunda geração dispostos para assegurar o princípio da dignidade de pessoa humana, nos termos dos artigos 1º, inciso III, 167, inciso IV, 198, §2º, 212, caput, entre outros dispositivos constitucionais. SERGIO ASSONI FILHO (*Controle de Constitucionalidade da Lei Orçamentária*, op. cit.) também defende que a divisão dicotômica de Laband não encontra amparo no ordenamento constitucional brasileiro. Para ele, a teoria de Laband tornou-se obsoleta, pois todas as ações dos administradores devem estar baseadas no planejamento orçamentário, na medida em que os estatutos passaram a ser vislumbrados como legítimas ferramentas de programação governamental, especialmente a partir da promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ademais, o doutrinador destaca que atualmente vive-se, no país, sob um regime de democracia, em que pese às adversidades para a concretização de uma educação com qualidade, com condições de viabilizar a efetiva participação da comunidade no processo decisório político. Segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*A Lei do Orçamento na Teoria da Lei*, op. cit., p. 551/553), a teoria dicotômica de leis era “filha da sua época”. Um resultado do positivismo e do método jurídico-formal.

⁵⁰² Cf. EROS ROBERTO GRAU, “*Realismo e Utopia Constitucional*”, In Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (Coords.), *Direito Constitucional Contemporâneo, Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 125/126.

⁵⁰³ Importantes contributos a respeito da densidade normativa dos estatutos orçamentários podem ser

Em virtude de todos esses apontamentos a teoria formalista orçamentária não encontra assento constitucional, no Brasil. A doutrina clássica do orçamento desconsidera a existência de preceitos jurídicos em seu conteúdo⁵⁰⁴. Sustenta que os dispositivos orçamentais contemplam apenas autorizações, condicionadas à discricionariedade do gestor e aos demais expedientes normativos de cunho permanente, disponíveis no ordenamento. Contra essa conclusão, sustentamos que a lei orçamentária é composta por inúmeros dispositivos capazes de disciplinar a estimativa de receitas e de despesas públicas, bem como a edição de créditos suplementares e de contratação de operações creditícias⁵⁰⁵.

Vista de forma global trata-se de um sistema orgânico único, em certa medida de cunho previsional. Contudo, em seu bojo, existem dispositivos detentores de comandos distintos, formados não somente por autorizações, como também por proibições e determinações ou obrigações⁵⁰⁶. Cada um deles com densidade, conteúdo e alcance diferentes.

Os créditos orçamentários e adicionais previstos na Lei Orçamentária Anual correspondem a autorizações concedidas ao Governo para que esse realize os gastos públicos que se fizerem necessários. O caráter autorizativo das peças orçamentais remonta-se aos primórdios do instituto, com a introdução dos primeiros limites impostos aos regimes totalitários existentes na Europa. Trata-se da sua funcionalidade mais intrínseca, caracterizada pelo controle político de poder.

extraídos das obras de CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas*, op. cit., p. 794/801 e de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 1106/1107.

⁵⁰⁴ Cf. RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, op. cit., p. 262 e MARCUS ABRAHAM, “Efetividade e vinculação das leis orçamentárias e a ADI 4.663”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 305/323.

⁵⁰⁵ Cf. artigo 165, §8º, da Constituição Federal de 1988.

⁵⁰⁶ O orçamento engloba disposições de diversas naturezas. Algumas que são meras descrições contábilísticas, outras que vinculam a atividade administrativa do Governo e, por fim, disposições com poder “paramétrico-diretivo” em relação a outras leis. Conforme PAULO DE BARROS CARVALHO (*Direito Tributário: fundamentos jurídicos de incidência*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 31/32), uma conduta será obrigatória quando não for possível omiti-la. Será facultativa quando não for determinante a sua realização e será proibida nas hipóteses em que não forem permitidas as suas concretizações. Ver também FRANCISCO CAMPOS, *Orçamento- Natureza Jurídica*, op. cit., p. 460 e RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, op. cit., p. 260/264. Para CELSO DE BARROS CORREIA NETO (*Orçamento Público: uma visão analítica*, monografia apresentada perante o II Prêmio da Secretaria de Orçamento Federal, Brasília, 2008, p. 30. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios-1/premios/vii-premio-sof-de-monografias/2º-premio-sof-2008/tema-2-3ºlugar>>. Acesso em 11.02.2017), o caráter autorizativo da lei orçamental, por si, acarreta uma proibição genérica, de onde não se pode ignorar o seu caráter coativo, capaz de lhe conferir eficácia jurídica e não apenas política. Ainda que o orçamento público contivesse apenas permissões e não obrigações, a lei orçamentária não perderia seu caráter de norma jurídica. Somente os gastos nele previstos é que podem ser feitos, todos os demais estão proibidos. Em seu entendimento, o caráter de autorização legal seria justamente o elemento que distingue os orçamentos públicos dos orçamentos privados. A característica que os tornaria jurídicos.

Porém, ao mesmo tempo em que autoriza os dispêndios governamentais, a previsão dos créditos orçamentários e adicionais possui conotação proibitiva, na medida em que impede o Poder Público de realizar despesas e assumir obrigações diretas que não estejam devidamente previstas no estatuto orçamentário anual e que, quando dispostas, ultrapassem o teto máximo dos créditos orçamentários ou adicionais ali disciplinados⁵⁰⁷. Assim, pode-se afirmar que os limites financeiros contidos no expediente orçamentário anual absorvem um duplo e concomitante comando normativo: de autorização e de proibição.

Sobre as proibições, não se pode deixar de ressaltar que a Lei de Responsabilidade Fiscal apresenta diversas vedações com impacto na Lei Orçamentária Anual. O expediente normativo complementar veta os contingenciamentos orçamentários nos casos de despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, bem como aquelas destinadas ao adimplemento da dívida pública⁵⁰⁸. Certo é que quando o Poder Executivo não prevê ou contingencia os créditos relacionados a deveres constitucionais e legais dispostos no orçamento, sem qualquer motivação, sob o argumento de reserva da Administração, acaba por desrespeitar o Poder Constituinte Originário e o Congresso Nacional que previram tais obrigações, em outros domínios. No fundo, ao deixar, injustificadamente, de orçar ou concretizar créditos decorrentes de obrigações constitucionais e legais, a Administração Pública viola o próprio princípio da separação dos poderes.

Dessas proibições contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal que interferem no estatuto orçamentário anual surge outra questão que reflete a importância do papel do Parlamento no trâmite orçamentar. Caso as despesas legais previamente definidas pela ordem jurídica não se encontrem devidamente inscritas no projeto orçamentário, cabe ao Parlamento cumprir com o seu dever de inscrição orçamentar. Trata-se de proteger a confiança depositada pelos particulares no sistema jurídico vigente, de modo que determinados créditos provenientes da própria Constituição e de leis infraconstitucionais necessitam estar orçamentados para serem concretizados. A ausência de previsão de créditos preexistentes constitui uma desorçamentação inconstitucional e/ou ilegal.

De outro giro, os dispositivos orçamentários contêm um caráter mandatório. As somas financeiras arrecadadas pelo Estado e contidas no orçamento devem ser destinadas ao atendimento dos fins disciplinados no âmbito da Constituição e nas leis. Logo, a ação

⁵⁰⁷ Cf. artigo 167, inciso II da Constituição Federal.

⁵⁰⁸ Cf. artigo 9º, §2º da Lei Complementar nº 101/2000.

governamental tem uma determinação a seguir. Um parâmetro de conduta que deve ser respeitado pelo gestor e que deve estar em plena compatibilidade com os objetivos e prioridades previstas na Constituição Federal, no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

O conteúdo determinante do orçamento pode ser extraído, ainda, das modificações introduzidas através da Emenda à Constituição nº 086/2015. A partir dela o Governo tem a incumbência de cumprir com as emendas individuais parlamentares, nos limites e nas condições disciplinadas pelo texto constitucional⁵⁰⁹.

Além disso, a Lei de Responsabilidade Fiscal⁵¹⁰ previu que as Leis de Diretrizes Orçamentárias devem estabelecer, anualmente, as metas fiscais do Governo, as quais constituem determinações que devem ser observadas, durante a fase de execução orçamental.

As determinações referentes às obrigações pormenorizadamente densificadas na Constituição, assim como nas demais leis vigentes no ordenamento jurídico e os dispêndios imprescindíveis à manutenção da máquina estatal também devem ser considerados. Diferentemente da Constituição Portuguesa⁵¹¹, na Constituição brasileira de 1988 não existe explicitamente um dispositivo constitucional que ordene o Poder Público a levá-los em consideração durante a proposta orçamentária. No entanto, tal determinação existe, mesmo que implicitamente, para que se possa obter coerência e alinhamento no sistema constitucional. Dessa feita, os deveres estatais, cujos fundamentos primários podem ser precisamente extraídos da Constituição e da legislação infraconstitucional precisam ser contemplados na peça orçamental, em respeito aos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção de

⁵⁰⁹ Cf. artigo 166, §9º a §18 da Constituição Federal de 1988.

⁵¹⁰ Cf. artigo 4º, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁵¹¹ A Constituição portuguesa, diversamente da brasileira, possui tal previsão. Segundo o artigo 105, nº 02: “O orçamento é elaborado de harmonia com as grandes opções em matéria de planeamento e tendo em conta as obrigações decorrentes de lei ou de contrato”. Em Portugal, o Tribunal Constitucional teve que se manifestar sobre o tema no Acórdão nº 303/90. Em resumo, o caso envolvia a arguição de inconstitucionalidade de uma das normas contidas na Lei do Orçamento que suspendia uma lei que instituiu o aumento dos vencimentos de parte de professores e de ex-regentes escolares. A referida lei que alterou a remuneração desses servidores foi publicada no ano de 1988 e entraria em vigor na data de 01 de janeiro de 1989, mesma data em que também entraria em vigor a Lei do Orçamento. Ocorre que por motivos de atraso na distribuição do Diário da República, o qual publicava o estatuto orçamentário, a Lei do Orçamento somente entrou em vigor alguns dias depois. Em paralelo, a lei que promovia os aumentos salariais já vigorava e, por conseguinte, produzia efeitos jurídicos. Diante da situação posta, o Tribunal Constitucional lusitano entendeu que, em razão dos efeitos já produzidos em relação às alterações salariais, a Lei do Orçamento não mais poderia suspendê-los, uma vez que, em assim procedendo, haveria violação do princípio da proteção da confiança, inerente ao Estado de Direito. Dessa feita, declarou-se a inconstitucionalidade da suspensão realizada pela Lei do Orçamento.

confiança, inerentes ao próprio Estado de Direito⁵¹².

É preciso relembrar que a Lei Orçamentária Anual, assim como os demais estatutos orçamentários possuem, em seu bojo, dispositivos com densidade normativa diferenciada. Enquanto o Plano Plurianual corresponde a um regramento de fundo estratégico, mais amplo e com previsões genéricas, a peça orçamentária anual está inserida no plano operacional e, por esse motivo, tende a ser mais específica⁵¹³. Com isso, todavia, não se afirma que todo e qualquer dispositivo do Plano Plurianual é detentor de baixa densidade, tampouco que a Lei Orçamentária Anual somente contém dispositivos bem densificados. O que se pondera é que a exigibilidade dos comandos contidos nos expedientes orçamentários dependerá, em grande medida, do grau de densidade normativa de cada um deles.

Outra dúvida relevante é sobre a possibilidade de a lei orçamentária constituir-se no fundamento primário de despesas, ou seja, de instituir obrigações ao Estado que não estejam determinadas de forma explícita na Constituição ou nos demais estatutos infraconstitucionais.

Para a doutrina formal, a Lei Orçamentária não tem o condão de inovar o ordenamento jurídico. Em sentido contrário, os defensores do caráter material da lei orçamentária entendem que essa possibilidade é plenamente possível. Se todas as outras leis vigentes no ordenamento podem constituir deveres à Administração, nada impede que a lei orçamentária também o faça, por si. Afinal, a Constituição Federal estabeleceu que o referido estatuto orçamentário fixará as despesas públicas, sem mencionar a preexistência de leis anteriores que as fundamentem. A diferença em relação aos demais expedientes legais existentes no ordenamento é que a concretização dos dispêndios decorrentes dos novos deveres instituídos na própria lei orçamentária depende da densidade dos seus comandos e da margem de livre apreciação administrativa, a qual será exercida no prazo de um ano, ou seja,

⁵¹² Nesse sentido, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 467) afirmam que o que mais interessa não é tanto a relação de hierarquia ou de supraordenação entre as leis que criam obrigações para o Estado e a Lei do Orçamento, mas sim a relação obrigacional em si mesmo que tais leis estabelecem para o Estado. Isso tem a ver com o respeito das obrigações assumidas pelo Estado, com a proteção da confiança e dos direitos ou expectativas legítimas geradas pelos atos de autoridade pública. É ínsito à própria concepção do Estado de Direito. Os doutrinadores concluem que uma lei do orçamento que não tenha em conta as obrigações previamente assumidas por via de contrato ou de lei será, pois, inconstitucional.

⁵¹³ Outro não é o entendimento de LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO, *Rumo ao orçamento impositivo: a delimitação da ação administrativa pelas leis orçamentárias*, op. cit., p. 391. Para o autor a individualização das ações governamentais contidas na Lei Orçamentária Anual lhe garante maior densidade e, portanto, eficácia em comparação os demais estatutos orçamentários e nos planos em geral, dotados de maior generalidade. Dessa forma, os seus dispositivos viabilizam maior exigibilidade de determinadas condutas por interessados contra o Estado.

durante a vigência do expediente normativo⁵¹⁴.

Em razão da sua vigência anual, o caráter material da lei é questionado por alguns doutrinadores. Alega-se que o estatuto orçamental não constitui uma lei geral e abstrata, uma vez que as situações nela previstas possuem destinatários específicos e não podem ser reproduzidas no futuro, indistintamente.

Divergimos desse entendimento⁵¹⁵. O fato de a lei orçamentária produzir efeitos concretos, em certas situações, não a desnatura, ou seja, não lhe retira a força normativa. O orçamento possui forma legislativa e continua sendo um expediente normativo, formado por diversos preceitos, capazes de conter prescrições concretas ou abstratas, destinadas primariamente à Administração, mas com potencial de os seus efeitos atingirem sujeitos determinados e indeterminados, a depender da situação. Assim, se alguns dispositivos nela contidos são concretos, outros tem caráter abstrato. Se alguns dos seus efeitos atingem pessoas específicas, outros recaem sobre um número indeterminado de indivíduos⁵¹⁶.

Como hipótese de dispositivo orçamentário caracterizador de uma norma de efeito concreto, cita-se a previsão orçamentária que autoriza o Poder Público a construir uma

⁵¹⁴ O autor TIAGO DUARTE (*A lei por detrás do orçamento*, op. cit., p. 248) vai além. Para ele, a lei do Orçamento é livre para tomar opções materiais de natureza legislativa, sendo possível até mesmo revogar ou alterar a legislação preexistente, contanto que esta “não caia numa reserva de Governo, não beneficie de um reforço legislativo inultrapassável, não seja supra-legislativa ou não implique a violação de qualquer princípio constitucional, como seja a protecção de direitos adquiridos dos cidadãos ou da tutela da confiança, que, assim, a torne inconstitucional”. Nessa conjuntura, uma obrigação legal apenas se torna exigível após ser orçamentada, oportunidade em que se dá a legalidade orçamental. Sobre o tema, ver NAZARÉ DA COSTA CABRAL e GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, op. cit., p. 338/339.

⁵¹⁵ O doutrinador FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado, Tomo I*, Atual. Vilson Rodrigues Alves, Ed. Bookseller, Campinas, 2000, p. 52/54) entende que a generalidade e abstração constituem atributos que se verificam, corriqueiramente, em uma lei, para fins de validade e isonomia. Contudo, não se trata de elementos essenciais para a sua existência. Existem regramentos, igualmente classificados como lei, de cunho individual e concreto. Para JORGE MIRANDA (*Sentido e Conteúdo da Lei como Acto da Função Legislativa*, op. cit., p. 181/182), a lei de conteúdo material não é somente aquela investida de generalidade e abstração. A lei em sua concepção substantiva tem que ser um produto emanado através de um ato da função política. Se resultar da discricionariedade inerente à atividade política, da sua criatividade, aí pode ser considerada uma lei em sentido material.

⁵¹⁶ Nesse sentido, ver também EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA (*A constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*, op. cit., p. 216/217). O autor destaca que as alocações orçamentárias têm um caráter decisório, que irradiam os seus efeitos em relação a um conjunto de pessoas, geralmente, indeterminável e de situações jurídicas. É importante, ainda, destacar que não desconhecemos a classificação da norma jurídica apresentada por NOBERTO BOBBIO (*Teoria da Norma Jurídica*, 2ª edição, Edipro, São Paulo, 2003, p. 178/179), em relação ao sujeito e o objeto da prescrição. Para o doutrinador: “Toda proposição prescritiva, e portanto também as normas jurídicas, é formada de dois elementos constitutivos e portanto imprescindíveis: o sujeito, a quem a norma se dirige, ou seja, o destinatário, e o objeto da prescrição, ou seja, a ação prescrita. (...) Ora, tanto o destinatário-sujeito quanto a ação-objeto podem apresentar-se, em uma norma jurídica sob forma universal e sob forma singular”..

unidade de saúde, em determinada localidade. Embora a finalidade seja beneficiar um número indeterminado de pessoas que poderão receber cuidados médicos em suas instalações, uma vez edificado, encerra-se a obrigação estatal, a qual não será replicada, *a posteriori*. No entanto, no bojo da peça orçamental também se evidenciam normas de efeitos abstratos, por meio de gastos públicos que serão reproduzidos no futuro, ao longo dos exercícios financeiros. As despesas correntes podem exemplificar essa realidade, como as aquisições de insumos para a manutenção da unidade construída que atenderá, como dito, o público em geral. Os dispositivos orçamentários podem ter esses mesmos efeitos abstratos e seus efeitos contemplarem sujeitos determinados. Os custos com o pagamento dos vencimentos dos profissionais de saúde com vínculos com o Poder Público serão repetidos ao longo do tempo. De outro giro, a lei orçamentária poderá ter efeitos concretos, os quais beneficiarão sujeitos individualizados. É o que ocorre nos casos de pagamentos de precatórios para um credor específico do Estado. Desse modo, cada crédito orçamentário deve ser verificado individualmente, pois, como dito, poderá contemplar prescrições concretas ou abstratas, assim como os seus efeitos poderão atingir sujeitos determinados e indeterminados, a depender da situação. A generalização do estatuto, quanto aos seus comandos normativos, bem como em relação aos seus efeitos simplifica e empobrece a análise do tema, na medida em que desconsidera as suas inúmeras peculiaridades e funcionalidades, as quais devem ser bem aproveitadas a serviço do Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem como objetivos o cumprimento de inúmeros deveres, muitos deles de cunho social.

Ademais, outro aspecto relevante deve ser considerado e reforça o argumento em torno do conteúdo material dos estatutos orçamentários. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, expressamente, que descumprimentos à lei orçamental configuram violações e ocasionam responsabilização dos seus infratores, diferentemente do quanto sustentado pela teoria clássica.

Para Laband, infrações às leis orçamentárias não acarretariam consequências jurídicas ao gestor⁵¹⁷. Até porque o texto constitucional prussiano não previa qualquer espécie

⁵¹⁷ Cf. PAUL LABAND, *Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 115. Em outra passagem (p. 113), Laband diz que em caso de infrações por parte dos ministros, três consequências possíveis poderiam ser aplicadas. As responsabilizações poderiam ser extraídas nas normas de direito público, de direito civil e de direito penal. Contudo, a responsabilização por violações orçamentárias não encontra amparo legal, na Prússia. De modo que nenhuma dessas responsabilizações pode ser aplicada pelos demais poderes em desfavor dos representantes do Governo, por questões orçamentárias. As violações com amparo legal referem-se apenas aos atos delituosos que afrontem à Constituição, que caracterizem suborno ou traição. Para ele “*no se cita la infracción del Presupuesto ni la verificación de gastos extrapresupuestarios*”.

de responsabilização. Em caso de violações à lei orçamental, o Governo poderia solicitar ao Parlamento aprovação em relação aos eventuais desvios. Contudo, caso o Legislativo não os aprovasse, nenhuma consequência legal poderia ser aplicada ao administrador, salvo o próprio desgaste político decorrente do descumprimento orçamental, com repercussões na sua governabilidade.

No sistema constitucional brasileiro, a realidade é bastante diversa, uma vez que a Carta Constitucional de 1988 contém dispositivos específicos que tratam do tema⁵¹⁸.

No ordenamento pátrio, os gastos públicos somente podem ser concretizados se não ultrapassarem os créditos orçamentários ou adicionais. De igual forma, a abertura de créditos suplementares e especiais depende de prévia autorização do Poder Legislativo. Nessas hipóteses, é necessário indicar as suas fontes de custeio. Quanto aos créditos extraordinários, esses devem ser realizados para o atendimento de situações urgentes e imprevisíveis, como vislumbradas em casos de guerra, epidemias e desastres.

Como forma de controle da atuação estatal, a Administração Direta e Indireta deve prestar contas dos gastos que realiza, os quais serão fiscalizados pelo Parlamento e pelo Tribunal de Contas, sem prejuízo da atuação de outros órgãos e instituições de controle, a exemplo da Controladoria Geral da União e do Ministério Público. Frise-se que o controle não é meramente formal. Deve seguir os parâmetros de legalidade, legitimidade e economicidade⁵¹⁹. As prestações de contas encaminhadas pelo Poder Público são divididas em duas espécies. A primeira refere-se às contas gerais, oferecidas anualmente pelo Presidente da República para o Congresso Nacional. A segunda trata-se das contas ofertadas, individualmente, por todos os responsáveis que se utilizaram de recursos públicos, perante o Tribunal de Contas da União⁵²⁰. Acontece que o julgamento das contas públicas pode gerar consequências de diferentes matizes, em caso de violações à legislação orçamentária, tal como já visto em outra passagem da presente investigação.

Em breve síntese, uma das consequências é de natureza política. Considera-se crime de responsabilidade do Presidente da República⁵²¹ os atos que atentem contra a lei orçamentária. A definição do crime, bem como as normas de processamento e julgamento está

⁵¹⁸ Cf. artigo 71, inciso VIII e artigo 85, inciso VI da Constituição Federal de 1988.

⁵¹⁹ Cf. artigo 70 da Constituição Federal de 1988.

⁵²⁰ Cf. artigo 71 da Constituição Federal de 1988.

⁵²¹ O artigo 85, inciso VI, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 dispõe que configuram crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que violarem a Constituição Federal e, especialmente, atentarem-se contra a lei orçamentária.

descrita em lei especial⁵²².

O processo de apuração de crimes de responsabilidade⁵²³ é composto de um juízo de admissibilidade e do julgamento propriamente dito. Para iniciá-lo, basta o encaminhamento de requerimento por qualquer cidadão direcionado à Presidência da Câmara dos Deputados, que conhecerá ou não do pedido. Do mesmo modo, o Congresso Nacional ao julgar, anualmente, as contas do Governo, também poderá ensejar a abertura do processo, em caso da rejeição das contas. Contudo, é válido frisar que não se trata de uma decorrência automática da não aprovação das contas orçamentárias. Caso conheça do requerimento, o Presidente da Câmara dos Deputados o encaminha para deliberação pelo plenário da Câmara de Deputados. Se 2/3 (dois terços) dos seus membros declararem o feito procedente, será autorizada a instauração do processo de impedimento, com o seu regular prosseguimento junto ao Senado da República. Nessa Casa Legislativa, o julgamento do crime de responsabilidade caberá aos senadores. Em caso de condenação, as sanções aplicáveis ao Presidente da República são a perda do mandato, a inabilitação para qualquer função ou cargo público e a inelegibilidade para novos mandatos eletivos⁵²⁴, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis⁵²⁵.

⁵²² O artigo 10 da Lei nº 1.079/50 estabelece que configuram crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: 1- Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa; 2- Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento; 3- Realizar o estorno de verbas; 4- Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária; 5- deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; 6- ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; 7- deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; 8- deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; 9- ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; 10- captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; 11- ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou; 12- realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

⁵²³ Sobre a matéria, ver CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, “*O impeachment no Constitucionalismo Brasileiro*”, In Georges Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr. (Coords.), “*Crise dos Poderes da República*”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 1043/1067 e ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO DE MORAES BAHIA, DIOGO BACHA E SILVA e MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, “*Impeachment no constitucionalismo brasileiro: revisitando as instituições democráticas em busca da legitimidade constitucional*”, In Georges Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr. (Coords.), “*Crise dos Poderes da República*”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 1067/1084.

⁵²⁴ Nas esferas estaduais e municipais, a rejeição das contas do Chefe do Executivo pelas Assembleias Legislativas e Câmara de Vereadores, respectivamente, ensejam a inelegibilidade do gestor por 08 (oito) anos, ainda que não seja instaurado processo de impeachment. Sobre o tema, ver Lei Complementar nº 64/1990. No Supremo Tribunal Federal, foram julgados dois recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida que

As condutas envoltas aos crimes de responsabilidade são graves e revelam casos de abusos de poder, inadmissíveis à ordem jurídico-constitucional. De outro lado, os seus julgamentos necessitam ser realizados com absoluta cautela, uma vez que as suas consequências, ainda que necessárias em caso de ilicitudes, acabam por desequilibrar estruturalmente o sistema presidencialista⁵²⁶, além de produzir impactos significativos na credibilidade política e eleitoral do país.

Fato é que a previsão de crime de responsabilidade não constitui o único dispositivo constitucional aplicável em caso de violações à lei orçamentária⁵²⁷. A Carta Constitucional estabeleceu que nas hipóteses de ilegalidades de despesa ou de irregularidades de contas, os seus responsáveis podem submeter-se a sanções de natureza administrativa, cível e/ou criminal.

No âmbito administrativo, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União disciplina a fixação de multas proporcionais aos danos causados ao erário⁵²⁸, nos casos em que ocorrer omissão no dever de prestar contas; prática de atos de gestão ilegais, ilegítimos e/ou antieconômicos; cometimento de danos ao erário e desfalque de recursos públicos.

Em paralelo, a Lei nº 8.429/1992 que apura os atos de improbidade administrativa cometidos por servidores públicos e particulares em conluio com os primeiros constitui imprescindível reforço na responsabilização civil dos infratores à lei orçamentária. São considerados atos ímprobos aqueles que ocasionam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefício creditício ou tributário e violação aos princípios que norteiam a Administração Pública, a exemplo dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁵²⁹. As sanções cíveis quando constatadas práticas de atos de improbidade administrativa são perdimento de bens e de valores acrescidos ilegalmente no patrimônio do infrator; ressarcimento integral do dano ao erário; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa e proibição de contratar

discutiam se as rejeições das contas dos Prefeitos Municipais pelos Tribunais de Contas ensejavam, de igual forma, as suas inelegibilidades automáticas. A maioria dos Ministros entendeu que somente o Poder Legislativo pode declarar a inelegibilidade por rejeição de contas. (REX nº 848.826 e REX nº 729.744, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ de 06.09.2017) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08/01/2019.

⁵²⁵ Cf. artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

⁵²⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 194.

⁵²⁷ Cf. artigo 71, inciso VIII da Constituição Federal de 1988.

⁵²⁸ Cf. artigos 16 e 57 da Lei nº 8.443/1992.

⁵²⁹ Cf. artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/1992.

com o Poder Público, entre outras⁵³⁰.

Na órbita criminal, inúmeros dispositivos definem, como crimes, condutas contrárias à Administração Pública, sejam elas decorrentes de violações cometidas no campo orçamental ou não⁵³¹.

Assim, ao tratar do tema afeto às violações da Lei do Orçamento Anual e a responsabilização dos seus infratores não se pode deixar de mencionar que tais penalidades não existem, apenas, formalmente, em nosso ordenamento. Prova disso aconteceu no ano de 2016, oportunidade em que a então Presidente da República teve o seu mandato cassado, por força de um processo de impeachment, instaurado por violações à legislação orçamentária.

Resumidamente e segundo decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, no ano de 2014 (ano eleitoral), a Presidente da República deixou de pagar empréstimos contraídos junto à Caixa Econômica Federal - CEF, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, apesar de serem créditos de natureza obrigatória. Ademais, conforme apontado pelo Tribunal de Contas da União, essas operações de crédito foram contraídas para o financiamento de políticas públicas, com o objetivo de distorcer a realidade financeira existente nas contas públicas federais e em desrespeito à vedação existente no artigo 36, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que proíbe empréstimos entre uma instituição financeira estatal e o ente Federal que a controla⁵³².

⁵³⁰ Cf. artigo 12 da Lei nº 8.429/1992.

⁵³¹ Cf. Título XI do Código Penal.

⁵³² No julgamento realizado no Tribunal de Contas da União que culminou com a rejeição da prestação de contas do Executivo Federal, no ano de 2014, o Ministro Relator João Augusto Ribeiro Nardes manifestou-se em seu voto da seguinte forma: “O relatório demonstra, de forma detalhada, o uso contínuo e reiterado, em 2014, da Caixa, BNDES e FGTS como ‘financiadores’ de políticas públicas. Com isso, foram postergados, injustificadamente, por arbítrio do Poder Executivo, os pagamentos de despesas obrigatórias da União. Tais operações de crédito ocultas distorceram a realidade orçamentário-financeira e o resultado fiscal do ano. Facultaram, também, em contrapartida, maior margem de manobra governamental no que se refere ao limite de despesas discricionárias. Afastei, amparando-me na análise da Semag, as teses centrais utilizadas pela defesa, segundo as quais os atrasos nos pagamentos não configuraram operações de crédito na conceituação da Lei de Responsabilidade Fiscal, mas meros adiantamentos devidos a ajustes operacionais típicos em virtude da própria dinâmica dos repasses dos benefícios, por meio de instituição financeira estatal na condição de agente operador. Em suma, entendi, em oposição a esse raciocínio, que os atrasos se enquadram no conceito de operação de crédito estabelecido pela Lei; que, para tal enquadramento, não se exige contrato bancário típico, específico, firmado com instituição financeira, com vistas à entrega de numerários; que as operações em questão são assemelhadas às do rol do art. 29, inciso III, da Lei. Nesse sentido, alguns artigos específicos foram desrespeitados, como o art. 36, que proíbe operações de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle. Em complemento, os valores despendidos nesse período de 2014 foram imensamente superiores, comparativamente aos valores dos anos anteriores”. (TC nº 005.335/2015-9, julgado em 07.10.2015) Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_Atta_0_N_2015_40>.

Ainda consoante pronunciamento do órgão julgador de contas federal, a Presidência da República praticou omissões de passivos e de transações primárias deficitárias nas estatísticas fiscais e na dívida pública⁵³³, referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e ao Banco do Brasil; irregularidades na gestão fiscal (metas, programação orçamentária e financeira e contingenciamento)⁵³⁴ e abertura de créditos suplementares incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário⁵³⁵.

Já em relação ao ano de 2015, duas foram as principais acusações que pesaram em desfavor da Presidente da República. Segundo o Tribunal de Contas da União, a Chefe do Poder Executivo teria realizado gastos públicos através de suplementação orçamentária, sem a

pdf>. Acesso em: 03.07.2018.

⁵³³ Segundo parecer técnico do Tribunal de Contas da União, destacado no voto do Ministro Relator João Augusto Ribeiro Nardes, salvo a dívida do Governo Federal com a Caixa Econômica, os demais passivos não integram as estatísticas fiscais elaboradas pelo Banco Central do Brasil, comprometendo a credibilidade dos números da dívida líquida do setor público em aproximadamente R\$ 40 bilhões (quarenta bilhões de reais). Em seu voto, atestou, ainda, que: “A omissão das despesas primárias no cálculo do resultado fiscal distorceu os dados oficiais, que ficaram subestimados em R\$ 7 bilhões (sete bilhões de reais), afetando a programação orçamentária e financeira, bem como à verificação do cumprimento das metas fiscais sob o enfoque da necessidade de limitação de empenho e movimentação financeira (contingenciamento). Dessa forma, criou-se situação irreal que culminou na realização de contingenciamento em montante inferior ao que seria exigido em caso de observância da legislação em vigor (...). Em momento no qual o Congresso Nacional estabelece a transparência como um dos pilares da utilização de recursos públicos, a exemplo da aprovação da Lei de acesso à Informação, a omissão de dívidas para a sociedade em valores próximos a R\$ 40 bilhões (quarenta bilhões de reais), com reflexo no resultado primário em R\$ 7 bilhões (sete bilhões de reais), não pode ser aceita como mera impropriedade formal”. (TC nº 005.335/2015-9, julgado em 07.10.2015) Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_Atta_0_N_2015_40.pdf>. Acesso em: 03.07.2018.

⁵³⁴ Sobre essa temática, o Ministro Relator João Augusto Ribeiro Nardes afirmou, em seu voto, que: “Ainda que se abstraíam os valores reais que deveriam ter composto as estatísticas fiscais, o Poder Executivo, já na avaliação relativa ao quarto bimestre de 2014, tinha conhecimento dos dados que apontavam para o descumprimento da meta de resultado fiscal. Naquele momento, o cenário indicava a necessidade de contingenciamento no montante de despesas discricionárias. A irregularidade se materializou, em definitivo, com a emissão do Decreto 8.367/2014 na avaliação do quinto bimestre, em paralelo com a submissão do PLN 36/2014 ao Congresso Nacional, ocasião em que não se contemplou novo contingenciamento, estimado em R\$ 28 bilhões (vinte e oito bilhões de reais), além de ter havido condicionamento da execução orçamentária à aprovação do projeto de lei. Na esfera pública, a emissão do decreto de contingenciamento, atribuição pessoal da Presidente da República, se traduz por responsabilidade fiscal e também por respeito ao Congresso Nacional que aprova a Lei Orçamentária com base em receitas estimadas. (...) Ainda no âmbito da programação orçamentária e financeira, o relatório confirma que houve omissões reiteradas, ao longo de todo o exercício de 2014, quanto a projeções atualizadas encaminhadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Essa ocorrência induziu a um montante contingenciado de despesas discricionárias, no início do ano aquém do necessário”. (TC nº 005.335/2015-9, julgado em 07.10.2015) Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_Atta_0_N_2015_40.pdf. Acesso em: 03.07.2018.

⁵³⁵ Quanto a esse ponto, o Ministro Relator João Augusto Ribeiro Nardes destacou que: “Outro achado de gravidade acentuada se deve à abertura de créditos suplementares, da ordem de R\$ 15 bilhões (quinze bilhões de reais), quando a meta fiscal em vigor estava comprometida. Por ocasião da edição dos decretos questionados a principal condição estabelecida na norma autorizativa – compatibilidade com a obtenção da meta de resultado primário – não fora observada, eis que inexistia lei formal alterando a referida meta, pelo que concluo que não pode prosperar a tese da defesa, de que os dispositivos legais apontados são exatamente os fundamentos legais para a edição dos decretos”. (TC nº 005.335/2015-9, julgado em 07.10.2015) Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_Atta_0_N_2015_40.pdf>. Acesso em: 03.07.2018.

prévia autorização do Congresso Nacional. Para viabilizar os dispêndios, foram expedidos seis decretos presidenciais, mesmo após o Governo ter admitido que não cumpriria no exercício financeiro as metas fiscais previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, em inobservância ao que determina a Lei de Responsabilidade Fiscal⁵³⁶.

O outro fato atribuído à Presidente refere-se aos recursos recebidos pelo Governo provenientes do Banco do Brasil, no ano de 2015, a título de empréstimo, no importe de R\$ 3,5 bilhões (três bilhões e quinhentos milhões de reais), com o objetivo de angariar fundos para financiar o Programa de Crédito Agrícola, denominado de “Plano Safra”. Ocorre que além de o Poder Público ter atrasado o pagamento do empréstimo pactuado, a Administração não poderia tê-lo contraído sem autorização legal. Tais operações de créditos ilegais são vulgarmente denominadas de “pedaladas fiscais”, uma vez que são responsáveis por “maquiar” as contas públicas, superestimando as receitas, em desrespeito ao princípio da transparência.

Ao analisar as contas dos anos de 2014 e 2015 prestadas pela Presidente da República, o Tribunal de Contas da União as rejeitou, sob o argumento de que se constatou a prática de violações à legislação orçamentária. A decisão foi acompanhada de pronunciamento do Ministério Público de Contas, que também se manifestou pelas rejeições das contas da Presidente da República⁵³⁷. Em razão das irregularidades orçamentais, deflagrou-se processo de impedimento em desfavor da Presidente Dilma Rousseff, o qual foi conhecido pela Câmara de Deputados e julgado procedente pelo Senado da República⁵³⁸. Como consequência, a Chefe do Executivo perdeu o seu mandato. Apesar disso, não foi aplicada em seu desfavor a sanção de inabilitação para cargo ou função pública, tampouco de inelegibilidade.

⁵³⁶ Cf. artigo 9º da Lei Complementar nº 101/2000.

⁵³⁷ Baseado nos relatórios técnicos, a Procuradoria de Contas apontou as seguintes irregularidades, em relação às contas de 2014: omissão de passivos da União junto a bancos públicos e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS nas estatísticas da dívida pública de 2014; adiantamentos concedidos por bancos públicos e pelo referido fundo de garantia para cobertura de despesas no âmbito de programas de responsabilidade do governo federal, configurando realização de operações de créditos em descumprimento a disposições legais; ausência de contingenciamento de despesas discricionárias da União; inscrição irregular em restos a pagar e abertura de créditos suplementares, por meio de Decretos não numerados, contrariando disposições constitucionais e legais. (TC nº 005.335/2015-9, julgado em 07.10.2015). Disponível em: <http://tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_Atta_0_N_2015_40.pdf>. Acesso em: 03.07.2018.

⁵³⁸ Cf. artigo 10, item 6 e artigo 11, item 3 da Lei nº 1.079/50. Os dispositivos disciplinam que, configuram crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária, a conduta de ordenar ou de autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária, com inobservância de prescrição legal. De igual forma constitui crime contra a guarda e legal emprego dos recursos públicos, contrair empréstimo; emitir moeda corrente ou apólices ou efetuar operação de crédito sem autorização legal.

De todo o exposto, constata-se que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro prevê sanções aos gestores, em casos de ilegalidades orçamentais. Ao prever tais penalidades e dedicar extenso rol de dispositivos voltados à fiscalização orçamentária, o Legislador Constituinte quis enaltecer a efetiva importância do instituto⁵³⁹. Diante dessa realidade, conclui-se que a dicotomia legislativa introduzida pela visão clássica do orçamento não encontra guarida na Constituição Federal de 1988. A interpretação mais adequada ao sistema posto é de que a lei orçamentária, mesmo com suas peculiaridades, se reveste de natureza material, sem diferenças substanciais em relação às demais espécies normativas vigentes no país. Não haveria sentido em tecer, com detalhamento, o processo orçamentário, o seu controle, bem como as sanções em caso de inadimplemento, se a Lei Orçamentária Anual fosse um ato *interna corporis* da Administração, apenas com aparência de lei⁵⁴⁰. Há tempos, o orçamento deixou de ser um mero documento de cunho aritmético e contábil, que contém as previsões de receitas e de despesas, para se transformar em efetivo instrumento de planejamento governamental, dotado de significação jurídica e apto a produzir efeitos.

Posto isso, superada essa etapa é preciso responder se a flexibilidade orçamentária constitui um instrumento necessário à gestão financeira do Estado ou se o orçamento deve ser integralmente cumprido pelo Governo, sempre e em qualquer situação.

5.3.2 Da flexibilidade orçamentária

Ao tratar da Lei Orçamentária Anual, a Constituição Federal de 1988 estabelece que,

⁵³⁹ Sobre a importância de mecanismos de responsabilização do exercício do poder no sistema constitucional, ver PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. II, op. cit., p. 33/35 e JOSE DE MATOS CORREIA e RICARDO LEITE PINTO, “A responsabilidade política”, In Antonio José Moreira, *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor Antonio Motta Veiga*, Ed. Almedina, Coimbra, 2007, p. 793/794. Na doutrina pátria, ver JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 360/370; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 459/470; JOSE AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 655/657 e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 225/233.

⁵⁴⁰ Para SERGIO ASSONI FILHO (*Controle de constitucionalidade da lei orçamentária*, op. cit., p. 22/40), o entendimento doutrinário mais moderno estabelece que a lei orçamentária tem conteúdo jurídico, ou seja, possui caráter material. Tanto que deve ser passível de controle de constitucionalidade, eis que integra o ordenamento jurídico, devendo ser sujeita à aferição da sua legitimidade em face da supremacia constitucional. Com esse mesmo entendimento, JOSE MAURÍCIO CONTI, *O Supremo Tribunal Federal e o Controle de Constitucionalidade em matéria orçamentária*, op. cit., p. 219/238. O doutrinador assinala que apesar de não ser consenso na doutrina brasileira e de o posicionamento majoritário ser diverso, constata-se cada vez mais manifestações de operadores do direito no sentido de reconhecer ter a lei orçamentária natureza de lei material. Em seu entender, para fiel observância e segurança jurídica, o sistema necessita contemplar mecanismos de controle de constitucionalidade do orçamento, eis que se trata de lei de cunho material. Somente dessa forma, o instituto poderá assumir o seu papel de lei mais importante no país depois da Constituição.

em seu conteúdo, não serão incluídos dispositivos diversos à previsão de receita e à fixação da despesa⁵⁴¹. Ocorre que a interpretação do dispositivo constitucional é motivo de controvérsias na doutrina. Há dúvida se o verbo “fixar” introduz um caráter impositivo ou meramente autorizativo ao estatuto orçamentário.

Para adentrar nesse debate, é preciso investigar se a flexibilidade orçamentária corresponde a um elemento indispensável ao desenvolvimento da gestão governamental ou se a Administração Pública tem o dever de cumprir, na íntegra, os créditos orçamentários referentes às despesas públicas.

Não há como negar que a vinculação orçamentária traz vantagens. Ao determinar que recursos específicos sejam efetivamente concretizados na fase de execução orçamentária, os setores beneficiados sentem-se mais seguros. E, essa estabilidade contribui para a realização de planejamento governamental a médio e longo prazos. O manuseio do erário de forma vinculada serve, ainda, como ferramenta de gerenciamento estatal. Ao assegurar que recursos sejam repassados a determinadas áreas, o Estado fomenta o desenvolvimento dos segmentos públicos considerados por ele como prioritários. Ainda que não haja recursos suficientes para o atendimento de todas as necessidades sociais, certo é que as políticas de maior importância serão menos atingidas pela escassez recursal.

A questão é que o orçamento integralmente impositivo pode inviabilizar a própria gestão governamental. As demandas da sociedade são essencialmente dinâmicas e mutáveis, o que exige do Estado uma intervenção proporcionalmente célere e condizente com a realidade. Nesse sentido, a máquina pública deve buscar caminhos que facilitem e não burocratizem o atendimento dos anseios da sociedade. Não por acaso, o Governo, no exercício diário das suas atividades administrativas, precisa dispor de mecanismos de rápida adaptação, que nem sempre são condizentes com o processo deliberativo parlamentar. Há uma série de situações que podem se sobressair durante o exercício financeiro. E muitas delas são difíceis de serem antevistas com precisão.

Primeiramente, é preciso lembrar que o planejamento corresponde a uma etapa do ciclo orçamentário que se inicia muito tempo antes da sua execução, momento em que os recursos serão efetivamente alocados. Nesse ínterim, parte do que fora previsto pode não se perfazer na prática. Não é incomum a necessidade de ajustes nas estimativas financeiras e, por

⁵⁴¹ Cf. art. 165, §8º da Constituição Federal de 1988.

consequente, nas programações previstas. E os motivos para essas alterações são os mais variados. De acontecimentos imprevisíveis a falhas no planejamento.

Entre as circunstâncias que podem comprometer a execução orçamentária, merece destaque a falta de regularidade no fluxo das receitas públicas, com reflexos nas expectativas iniciais de arrecadação. Essa situação tem sido vivenciada com maior ênfase no Brasil, nos últimos anos. Atualmente, o país enfrenta uma crise econômica de graves proporções. O desemprego atinge milhões de brasileiros. Essa nova conjuntura econômica e social se reflete, necessariamente, na gestão orçamentária. A arrecadação tributária foi impactada pela recessão. De outro lado, o aumento do desemprego e a diminuição da renda per capita faz com que a população se utilize, com mais intensidade, dos serviços públicos, a exemplo dos serviços de saúde e de educação. Segundo dados da Agência Nacional de Saúde - ANS, os planos de saúde privados perderam, em um ano, um milhão e trezentos mil clientes, aproximadamente⁵⁴². Como consequência, grande parte desses usuários passou a depender do Sistema Único de Saúde - SUS. Diminuindo-se as receitas e aumentando os gastos públicos a conta do Governo simplesmente não fecha. Logo, mesmo que as dotações orçamentárias fossem de cumprimento obrigatório, sem recursos o Governo não as efetivaria.

A recessão econômica produz efeitos em diversas direções. A frustração de receitas pode comprometer o atendimento das metas fiscais estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. Se quiser atendê-las, o Governo deverá deixar de efetuar outros gastos estipulados na lei orçamentária. De igual forma, a crise gera inadimplência. Particulares, pessoas jurídicas de direito privado e os próprios entes federativos deixam de cumprir acordos firmados junto ao Governo Federal. Assim, embora inicialmente previstas na peça orçamental, determinadas receitas podem não ser efetivamente repassadas em favor da União, no curso do exercício financeiro. No ano de 2016, dos estados brasileiros, Governadores de vinte deles subscreveram uma carta direcionada ao Presidente da República, afirmando que não seria possível honrar com os compromissos assumidos perante a União e que os entes necessitariam de ajuda financeira federal para não sofrerem um colapso fiscal⁵⁴³.

⁵⁴² Esses dados foram contabilizados até o primeiro trimestre de 2016. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 07.02.2018.

⁵⁴³ Segundo informações contidas no manifesto, a crise financeira e fiscal dos estados ocorreu por constantes quedas de arrecadação, inclusive no que diz respeito aos repasses obrigatórios feitos pelo Governo Federal, através do Fundo de Participação dos Estados - FPE. Em 03 de janeiro de 2017, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Min. Carmem Lúcia, concedeu liminar para impedir que a União efetuassem o bloqueio de R\$ 193 milhões (cento e noventa e três milhões de reais) do Rio de Janeiro, débitos contraídos em razão de contratos firmados com o Governo Federal.

Justamente para não agravar o equilíbrio econômico-financeiro do Estado é que se faz imprescindível um adequado planejamento orçamentário. Na elaboração governamental não pode haver superestima de receitas públicas, como costuma ocorrer. O processo de planejamento deve ser construído de forma realista, de acordo com a situação econômica vivida no país.

Em paralelo à falta de regularidade no fluxo das receitas públicas, inúmeras outras situações externas e imprevisíveis podem gerar atraso ou até mesmo a inexecução das disposições orçamentárias, a exemplo da ausência de licenciamento ambiental para determinada obra prevista; falta de projetos consistentes para a aplicação dos recursos e disputas judiciais em processos licitatórios.

A necessidade de redirecionamento de recursos públicos é outra condicionante que altera o planejamento orçamentário. É o que se vê no atendimento de eventualidades que demandam providências estatais urgentes, como nos casos de calamidades naturais e epidemias.

Por oportuno, cabe lembrar que o Brasil convive há alguns anos com epidemias de dengue, chikungunya e zika. O combate ao mosquito *aedes aegypti*, transmissor dessas doenças, tem acarretado aumento exponencial dos gastos públicos com saúde. Segundo o Conselho de Secretários de Saúde do Estado de São Paulo, essas doenças fizeram com que os municípios paulistas gastassem R\$ 24 bilhões (vinte e quatro bilhões de reais) a mais com saúde, somente no ano de 2015. O impacto com os custos adicionais provocados pela epidemia é de R\$ 20 (vinte reais), por habitante. Esses custos englobam despesas com recursos humanos, medicamentos, exames laboratoriais e internações⁵⁴⁴. Para conseguirem arcar com os dispêndios não previstos na Lei Orçamentária Anual, os municípios precisam remanejar despesas, através do contingenciamento de outros créditos orçamentários.

Do mesmo modo, a relocação dos recursos públicos é avistada nos casos de cumprimento de decisões judiciais, cujos importes não tenham sido computados no âmbito orçamental.

O argumento utilizado é que apesar de não negar a validade do contrato nem as cláusulas de contragarantia, a excepcional situação de calamidade financeira vivenciada no estado exigiria a repactuação dos termos do acordo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-03/carmen-lucia-impede-bloqueio-193-milhoes-rio-janeiro>>. Acesso em: 07.02.2017.

⁵⁴⁴ Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/03/04/gasto-extra-com-dengue-e-de-20-por-paciente.amp.htm>>.

Além das externalidades, questões internas afetas à Administração também podem interferir na execução orçamentária. O planejamento constitui uma etapa altamente complexa, que envolve gestão de pessoal, organização, direção e controle dos programas governamentais. Por essa razão, podem ocorrer falhas no seu processamento. E, no histórico da gestão pública brasileira, são recorrentes os casos envolvendo ineficiência estatal, desperdício de recursos, excesso de burocracia e corrupção. O denominado “custo Brasil” é alto.

Portanto, é imprescindível desempenhar o ciclo orçamentário com seriedade, inclusive na fase de avaliação. Esse é o momento em que a Administração Pública deve analisar as suas próprias deficiências e corrigi-las no próximo planejamento. Trata-se de uma ferramenta de aprimoramento da capacidade gerencial do Governo. Nada obstante, por melhor que seja o desenvolvimento das suas etapas, é muito difícil definir com exatidão a quantidade de destinatários que serão beneficiados com determinadas programações e os custos para as suas operacionalizações. Não por acaso, a quantidade de recursos necessários para o atingimento dos objetivos estatais é apenas estimada.

Um caso recente no país pode ilustrar essa situação. Com a epidemia do zika vírus, a população brasileira teve que conviver com as consequências da doença, muitas delas até então desconhecidas. A comunidade científica verificou que mulheres grávidas contaminadas pela doença poderiam dar à luz a crianças portadoras de microcefalia. Para atender às famílias carentes que não poderiam suportar, por si, os custos decorrentes da doença, o Governo Federal precisou ampliar o tratamento médico gratuito disponibilizado na rede pública de saúde, o que ensejou novos gastos. Ademais, famílias de baixa renda também passaram a receber um benefício de prestação continuada para complemento de renda. Ocorre que despesas dessa natureza são de difícil previsão orçamentária. Primeiro, pela própria novidade dos efeitos clínicos da doença. Segundo, porque é muito difícil para o Poder Público planejar antecipadamente, uma vez que se desconhece o quantitativo de crianças que nascerão, com microcefalia, ao longo do exercício financeiro seguinte.

Assim, nem sempre as previsões iniciais contidas na elaboração do orçamento podem ser confirmadas, com exatidão, durante a sua execução. Esse fluxo mutável de ocorrências interfere no desempenho das tarefas governamentais estabelecidas e, por via de consequência, nos resultados almejados. Assegurar ao Poder Público certa flexibilidade no trato com o orçamento público é possibilitar que o Governo compatibilize as decisões anteriormente tomadas com as novas intercorrências, no curso do exercício financeiro. É

permitir que o Poder Público crie condições que lhe possibilite seguir em frente, sem perder de vista as prioridades e os objetivos traçados pela Constituição Federal e pelos demais estatutos orçamentários. Os fins, diferentemente das dotações orçamentárias, são de cunho obrigatório.

Em síntese, a flexibilidade constitui um instrumento realmente necessário ao gestor no trato com os gastos públicos. Nesse sentido, concordamos com Paul Laband⁵⁴⁵ e sua teoria clássica prussiana. De fato, seja na Prússia, no século dezenove, seja no Brasil, no século vinte e um, a capacidade humana de prever os acontecimentos futuros continua restrita. Circunstâncias inesperadas podem acontecer. Nessas hipóteses é preciso, com celeridade, criar e realizar um “plano B”. É preciso ter flexibilidade suficiente para colocá-lo em prática. Flexibilidade essa que não é um fim em si mesmo, mas uma mera ferramenta disponibilizada ao Estado para que possa cumprir com os seus deveres institucionais na ordem jurídica.

Contudo, uma ressalva se faz indispensável. Ao falar da importância da flexibilidade ao processo de gestão, não se está conferindo aos administradores um “cheque em branco”. A flexibilidade, ainda que essencial ao manuseio orçamentar, não autoriza o gestor a que tudo ou nada seja feito, injustificadamente, de acordo com o seu mero juízo de conveniência. A gestão orçamentária deve ser credível. E para tanto, o manuseio dessa liberdade deve ater-se às regras e aos princípios que compõem o ordenamento jurídico pátrio e ser desenvolvida de forma responsável. Os imprevistos do presente precisam ser bem avaliados para se evitar que situações análogas no futuro possam ser reiteradas, não raras vezes em função de falhas no planejamento. Afinal, essas ocorrências nem sempre são absolutamente inesperadas. Basta observar os problemas ocasionados por excesso de chuvas em alguns meses do ano que provocam inundações e deslizamentos de moradias situadas em encostas. Episódios que se repetem periodicamente em diversas regiões do país. Falar em imprevisibilidade nesses casos pode soar como uma desculpa para um serviço público de saneamento e urbanismo

⁵⁴⁵ Para PAUL LABAND (*Derecho Presupuestario*, op. cit., p. 93), pode haver razões de diversas naturezas para que o Governo deixe de realizar despesas previstas previamente no orçamento. Em certas circunstâncias se faz imprescindível a acumulação de capital, como nos casos em que os ingressos de recursos são inferiores aos estimados na peça orçamental. Ao analisar as restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do Poder Executivo, MARCELA ROSA ABRAHÃO (*As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do Poder Executivo*, op. cit., p. 280) destaca algumas circunstâncias que legitimam a atuação executiva de forma mais flexível. Isso costuma ocorrer nos casos em que o Governo tem que decidir sobre a aplicação do mínimo existencial em direitos fundamentais prestacionais; quando as circunstâncias exigirem uma intervenção mais imediata, de rápida adaptação ou quando a hipótese depende diretamente de um conhecimento maior que somente a Administração Pública dispõe, em razão da sua proximidade com o objeto, com o lugar ou com o aspecto regional envolvido.

insuficientemente prestado pelo Poder Público em detrimento da população que convive com essa triste realidade.

Logo, a flexibilidade não deve excluir a necessidade de previsibilidade das tendências futuras e deve caminhar a par e passo com a credibilidade orçamental. Trata-se, sem dúvida, de um desafio enorme, principalmente em uma nação como o Brasil, acostumada com a cultura do imprevisto. Estabilidade, credibilidade e flexibilidade não são elementos antagônicos. Ao contrário. A gestão orçamentária precisa contemplar todos esses componentes. O seu manejo é que não se revela simples. Porém, o desempenho financeiro dos Estados contemporâneos nunca dependeu tanto dessa escorreita modulação.

5.3.3 A flexibilidade orçamentária em tempos de crise

Com efeito, a gestão administrativa não constitui uma tarefa fácil ao administrador público. É preciso lidar, diariamente, com múltiplas funções, administrar as expectativas e as necessidades sociais, planejar e alocar os escassos recursos públicos e ainda remanejá-los de acordo com as oscilações nas arrecadações das receitas e conforme o surgimento de situações emergenciais e imprevisíveis. Para tanto, nos parece inegável que o gestor precisa dispor de certa margem de liberdade no exercício das suas atividades administrativas.

No entanto, como dito em passagem anterior, a flexibilidade conferida ao administrador tem limites. Limites esses que estão dispostos explícita ou implicitamente na Constituição Federal e que são inerentes ao Estado Democrático de Direito. Ao agir, os governantes e seus agentes devem observar os principais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, como também e principalmente respeitar os princípios estruturantes de proteção da confiança, da proporcionalidade, da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Se esta constatação é válida para a gestão financeira em tempos de normalidade, a pergunta que não quer calar é se é aplicável, de igual forma, para os tempos de crise. Nesse sentido, é quase impossível não se investigar se a flexibilidade orçamentária deve ser ampliada durante uma situação de instabilidade econômica, bem como se existem limites para o seu desenvolvimento. É preciso verificar, ainda, como fica a Constituição Federal, as suas metas, prioridades e diretrizes em um contexto de emergência financeira e se a sua força normativa resta ou não enfraquecida. Tudo para, ao final, formular uma solução

constitucionalmente adequada a tais impasses também denominados de *tragic choices*, que são por demais dilemáticos e inevitavelmente provocados por um cenário de excepcionalidade fiscal e econômica.

Em tempos de crise não são poucos aqueles que se levantam para, em nome da austeridade fiscal, exigir e, em seguida, justificar imediatas e rígidas decisões governamentais no campo do orçamento. A palavra de ordem é restrição. A impressão que se tem é que, em um passe de mágica, a população, as instituições e a própria Constituição Federal devem se curvar a quaisquer restrições alocativas do Governo, o qual, não raras vezes, manobrou, de forma irresponsável, as finanças públicas, mesmo tendo pleno conhecimento do risco de que as “vacas gordas” de outrora não fossem eternas. O problema se agrava em razão de que muitas dessas escolhas são imediatistas, tomadas pela emoção, sem o devido amadurecimento social e institucional, voltadas para sanar de forma urgente o déficit financeiro do Estado. Quem deve pagar a conta nessa situação de excepcionalidade? Como isso se dará e em que condições? O Governo está autorizado a escolher de forma aleatória os alvos e as medidas restritivas? Por fim, a solução dos conflitos dessa natureza deve sempre pender em favor das decisões governamentais? É fundamental descobrir até que ponto a crise interfere nessa equação de ordem jurídico-constitucional. Logo, esses e outros questionamentos não podem ser sufocados pela mera justificativa, de caráter genérico, de que a crise financeira admite tudo contra todos. Que as escolhas administrativas podem ser feitas em favor de uns em detrimento de outros, mesmo que estejam em condições semelhantes. Ainda se vive em um Estado de Direito.

Pois bem. Quando a crise econômica se instalou no Brasil, os primeiros sintomas foram sentidos, em grande medida, pelos estados e pelos municípios. Conforme já tratado em passagem anterior, existem, no país, sérias disfunções federativas, não sendo nenhuma surpresa perceber que os efeitos do déficit orçamental se refletissem, primeiramente, nos entes mais vulneráveis da nossa arquitetura institucional. Servidores públicos de estados, tais como o Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Rio Grande do Norte e Sergipe começaram a ter os seus salários atrasados e os pagamentos de vantagens, como o décimo terceiro salário, suspensos, ainda que transitoriamente⁵⁴⁶. No Estado do Rio de Janeiro a

⁵⁴⁶ Calcula-se que o inadimplimento do décimo terceiro salário tenha atingido cerca de um milhão e meio de servidores públicos estaduais de cinco estados da federação. Disponível em: <<http://www1folha.uol.com.br/mercado/2017/12/15-milhao-de-servidores-ficam-sem-13-nesta-quinta-feira>>. Acesso em 24.04.2018.

situação se agravou. O caos financeiro do estado refletiu-se não apenas no equilíbrio econômico-financeiro do orçamento e sobre os rendimentos dos servidores ocupantes de funções públicas. Os impactos negativos da crise se alastraram para toda a população carioca atingindo, em profundidade, os serviços de saúde e de segurança pública. Os índices de violência cresceram exponencialmente, assim como as filas de pacientes nas portas dos hospitais e nas demais unidades de saúde do Sistema Único de Saúde. A ordem e a paz social atingiram um nível intolerável, a ponto de a União decretar a intervenção federal do Estado do Rio de Janeiro, em data de 16 de fevereiro de 2018, por motivos de grave comprometimento à segurança. A partir do decreto presidencial ⁵⁴⁷, as Forças Armadas assumiram a responsabilidade pela segurança pública e consequentemente o comando das Polícias Civil e Militar do estado.

Não se pode olvidar que o fundamento que levou a interdição do Rio de Janeiro foi afeto à questão da segurança pública propriamente dita. Por outro lado, o cenário ali existente contribuiu para que houvesse uma maior disseminação de ideias voltadas para a concepção de um novo tipo de estado de exceção constitucional, por razões de ordem econômico-financeira⁵⁴⁸.

O “slogan” encontrou respaldo em certos segmentos da sociedade e da política, assim como em parte da imprensa. E, embora os seus defensores tratem a temática como uma mera decorrência do bom senso e da noção de realidade, entendemos que tal acepção não pode ser absorvida, principalmente pelos operadores do direito, acriticamente. Sem adentrar no mérito das soluções propostas pelo Governo para combater a crise econômica, absolutamente polêmicas e distantes de um consenso social, a avaliação precedente necessária a se fazer é saber se a Constituição pode ser parcialmente suspensa, como se tivéssemos vivendo em um momento constitucional de exceção, por motivos de crise financeira e de instabilidade fiscal. Em outras palavras, deve-se verificar se é possível o enquadramento da excepcionalidade financeira em uma das espécies de estado constitucional de exceção dispostos na Constituição Federal de 1988. Somente assim se poderá, em seguida, analisar se as restrições impostas pela Administração aos particulares encontram-se ou não

⁵⁴⁷ Cf. artigo 34, inciso III da Constituição Federal c/c Decreto nº 9.288/2018, de 16 de fevereiro de 2018. Segundo o artigo 1º, do expediente normativo, a intervenção federal do Estado do Rio de Janeiro vigora até a data de 31 de dezembro de 2018.

⁵⁴⁸ Denominação intitulada por ANTONIO MANUEL HESPANHA, *A revolução neoliberal e a subversão do modelo jurídico - Crise, Direito e Argumentação Jurídica*, Revista do Ministério Público, n. 130, abr./jun. de 2012, p. 09/80.

constitucionalmente justificadas.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu duas modalidades de exceção para a promoção da defesa do Estado e das instituições democráticas. São eles: o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. As suas criações constituem uma necessidade do sistema para preservar a sobrevivência do Estado e das suas instituições, em situações específicas em que impera a anormalidade.

O Estado de Defesa⁵⁴⁹ pode ser decretado para preservar ou imediatamente restabelecer, em locais restritos, a ordem pública ou a paz social ameaçada por grave ou iminente instabilidade institucional ou atingida por calamidades de grandes proporções na natureza. Nessas hipóteses, após as oitivas do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional será determinado por decreto do Presidente da República o tempo da sua duração e as áreas a serem abrangidas. Durante a sua vigência serão implantadas medidas coercitivas de restrições aos direitos de reunião, de sigilo de comunicações telegráficas e telefônicas, bem como de correspondência. Ademais, poderá haver ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, nas hipóteses de calamidades.

Por sua vez, o Estado de Sítio⁵⁵⁰ poderá ser decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou de cometimento de fatos que demonstrem a ineficácia das medidas adotadas anteriormente, durante o Estado de Defesa. De igual forma, o Estado de Sítio ocorre em situação de guerra ou para responder à agressão armada estrangeira. As medidas passíveis de implementação são mais amplas e gravosas, se comparadas ao Estado de Defesa. Para além das previstas nessa última modalidade, no Estado de Sítio são admitidos, ainda, a busca e apreensão domiciliar, a obrigatoriedade de permanência em local determinado, a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, a intervenção nas empresas de serviços públicos e a requisição de bens.

Assim, constata-se que tanto no Estado de Defesa, como no Estado de Sítio, dificuldades de cunho financeiro, ainda que graves, não têm o condão de, por si, ensejarem as decretações dos estados constitucionais de exceção, salvo se o déficit público impactar diretamente na ordem pública e na paz social ou gerar significativa comoção ou repercussão social. Nesses cenários, deve-se analisar a correlação de ambos os fatores com atenção, sempre em caráter excepcionalíssimo e sem perder de vista os impactos negativos praticados

⁵⁴⁹ Cf. artigos 136 da Constituição Federal de 1988.

⁵⁵⁰ Cf. artigos 137 da Constituição Federal de 1988.

aos direitos fundamentais, diante das restrições que são impostas durante a vigência das medidas excepcionais, mesmo que por tempo determinado.

Fato é que a situação de emergência financeira não produz, como consequência imediata, as decretações das únicas duas modalidades de estados constitucionais de exceção dispostas na Constituição. Não há disposição de um “Estado de Necessidade Econômico-Financeiro⁵⁵¹” ou algo do gênero na Constituição Federal de 1988.

Superado esse primeiro ponto é necessário investigar se, em tempos de crise econômica, a flexibilidade governamental abre todas as portas para que a Administração adentre, livremente, em domínios protegidos pelo direito constitucional.

Não se questiona que, como um todo, os direitos não são absolutos, ainda que se trate dos direitos fundamentais. Em tese, o Governo pode, por motivos de conjuntura econômica e de déficit financeiro, realizar alterações contingenciais no orçamento e deixar parcialmente de respeitar, de proteger e de prestar direitos fundamentais aos cidadãos.

De outro giro, se são admissíveis restrições aos direitos fundamentais, são justamente nos momentos de anormalidades que esses direitos encontram-se mais vulneráveis e, portanto, carentes de proteção. Com isso não se está afirmando que o cenário de austeridade e de dificuldade financeira deve ser ignorado, tampouco que os direitos conquistados, inclusive no campo social, são irredutíveis e impassíveis de sofrerem retrocessos. Mas, também não se pode admitir, de forma irrestrita, que a flexibilidade conferida ao Poder Público contenha tamanha amplitude, a ponto de ser isenta de qualquer limitação. Como se o direito constitucional vigente deixasse de existir e, em seu lugar, nascesse outro, nas entranhas do orçamento, específico para os momentos de crise, sem prazo de validade, em significativo desacordo com o sistema posto e em total e absoluta desconformidade com os seus princípios estruturantes.

Basta pensar na situação envolvendo os refugiados que se deslocam, em massa, para países da Europa. Trata-se de um problema complexo que exige das nações do continente europeu respostas com certa brevidade. Nesse processo, inúmeros pontos precisam ser

⁵⁵¹ Denominação utilizada por SUZANA TAVARES SILVA, “Sustentabilidade e Solidariedade em tempos de crise”, In José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva (Coords.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011, p. 64. Posicionando-se contrariamente à possibilidade de criação de um estado de exceção ou de necessidade constitucional com base em situação de emergência financeira ver JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos*, op. cit., p. 39/48 e ANTONIO MARTINS, *A jurisprudência constitucional obre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014, p. 57/59.

esclarecidos. Denota-se fundamental a criação de políticas que tratem da imigração regular e irregular; que regulamentem as normas relativas aos abrigos e ao tratamento a ser dispensado àqueles que figurarem em situação ilegal; que garantam a segurança das zonas de fronteiras, bem como que promovam uma distribuição equânime de recursos entre os países receptores de imigrantes. Todavia, os fluxos migratórios são intensos e já têm causado impactos sociais, financeiros e políticos em muitos dos países envolvidos. Na última eleição, a Alemanha percebeu que um dos principais óbices para que a primeira ministra eleita obtivesse a maioria parlamentar foi a falta de consenso em torno da questão migratória. Imaginemos, então, que para conseguir apoio e por motivos de ordem financeira, a Chefe do Executivo alemão decidisse sancionar uma lei votada pelo Parlamento que, sob a justificativa de contenção de gastos públicos, retirasse todo e qualquer direito apenas dos imigrantes adeptos da religião muçumana em solo germânico, inclusive crianças. E que contivesse previsões no sentido de que ao ser abordado pela polícia migratória, o indivíduo muçumano que estivesse em situação irregular teria todos os seus bens confiscados, fosse separado da sua família, imediatamente preso e, de forma incomunicável, encaminhado para um campo de trabalhos forçados até a sua posterior deportação. Será que mesmo diante de uma situação de anormalidade essa lei poderia ser admitida como constitucional? Seria ela proporcional e condizente com os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana? Em nosso entender, a resposta somente pode ser negativa.

Claro que a situação hipotética acima se baseou em patamares extremos. O propósito foi ilustrar que, sob o pretexto genérico em torno da crise econômica e de dificuldades financeiras do Estado, arbitrariedades podem ser cometidas pelos Poderes da República, ainda que no exercício das suas funções discricionárias. Flexibilidade essa que, repita-se, é importante e deve ser preservada, desde que não seja exercida de forma ilegal e/ou ilegítima. Nesse sentido, mecanismos de contenção devem ser acionados com o objetivo de avaliar a constitucionalidade das medidas estatais adotadas e para redefinir, se necessário, os rumos a serem percorridos pela nação, mesmo quando presentes situações de emergência financeira.

Nessa conformidade, é importante trazer à baila alguns dos conflitos constitucionais vivenciados em terras lusitanas, os quais dizem respeito ao déficit orçamental agravado por um cenário de crise econômica. Para arbitrá-los, o Tribunal Constitucional foi acionado em diversas oportunidades.

A partir do ano de 2010, instalou-se em Portugal uma grave crise financeira que fez

com que o Governo adotasse medidas de austeridade, a fim de conter o déficit público para assegurar a sua credibilidade orçamental. Em maio de 2011, o Governo português firmou com o Fundo Monetário Internacional, com o Banco Central Europeu e com a Comissão Europeia um acordo, denominado de “Memorandos de Entendimento”, em que se comprometia, pelo prazo de 03 (três) anos, a promover um conjunto de providências de caráter ainda mais restritivo do que havia sendo praticado, como condição para contrair ajuda financeira externa. A urgência do empréstimo justificava-se diante da instabilidade econômica e fiscal de tamanha gravidade vivenciada no país, a qual poderia conduzir Portugal a um cenário de moratória, com a ruptura de pagamentos aos seus credores, como visto em outros países, inclusive na Europa⁵⁵².

Para adimplir principalmente com os compromissos firmados com a *troika* e com os demais organismos financeiros internacionais, a Administração precisava reduzir os gastos públicos. Dessa feita, o orçamento público português passou a contemplar decisões governamentais restritivas, principalmente em desfavor dos servidores públicos, as quais foram objeto de análise jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional. Sem a pretensão de analisar todos os julgados, eis que fugiria da temática em exame, passa-se a tratar de alguns acórdãos, os quais pela importância e pela similaridade com o contexto brasileiro não podem deixar de serem destacados.

Em 2011, a Corte Constitucional portuguesa foi conclamada a se manifestar em um pedido de fiscalização sucessiva de constitucionalidade, formulado por Deputados da Assembleia da República. O dilema tratava dos cortes de 3,5% (três vírgula cinco por cento) a 10% (dez por cento) nos salários dos servidores públicos que recebessem rendimentos superiores a E\$ 1500 (um mil e quinhentos euros), previstos no Orçamento do Estado de 2011⁵⁵³. No Acórdão sob nº 396/2011, o Tribunal Constitucional, por maioria, entendeu pela

⁵⁵² Sobre o tema, ver GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, “*O constitucionalismo dos princípios*”, In Gonçalves de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014, p. 72/103 e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “*Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades*” In Gonçalves de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014, p. 50/68. Esse último autor destaca que o Memorando de Entendimento firmado por Portugal com o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia, assim como os demais instrumentos associados ao Programa de Assistência Econômica e Financeira foram pactuados pelo Governo, ao abrigo da competência administrativa residual. Diferentemente de países como a Grécia e a Irlanda, o Governo não submeteu ao Parlamento os acordos supramencionados, de importâncias vitais e com potencial para afetar a soberania nacional e à Constituição Federal. Para o autor, “Portugal se vinculou (inconstitucionalmente) aos Memorandos de Entendimento e aos demais instrumentos a ele associados”.

⁵⁵³ Cf. artigo 19 da Lei nº 55-A/2010. O pedido abrangia também a fiscalização de constitucionalidade

constitucionalidade das medidas governamentais, sob o argumento de que as restrições vigorariam por prazo determinado e eram destinadas a sanear uma situação de desequilíbrio orçamental vivenciada em uma conjuntura de absoluta excepcionalidade.

Debateu-se no referido julgado se a irredutibilidade dos salários dos servidores públicos constituía uma prática inconstitucional por parte do Governo, tendo o Tribunal decidido que não se tratava de garantia amparada pelo texto da Constituição Portuguesa. A explicitação acerca da irredutibilidade de vencimentos na legislação laboral não era suficiente para lhe conferir força de direito fundamental. Sobre o tema, o Tribunal também entendeu não haver violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que a redução salarial imposta pela Administração limitava, mas não eliminava completamente os rendimentos da categoria de trabalhadores descrita na lei orçamental. O direito fundamental à retribuição não corresponderia ao direito de receber um específico montante retributivo. As variáveis económicas poderiam alterar o seu quantitativo, desde que não haja a sua extirpação. Segundo o entendimento da Corte, o princípio da proteção da confiança também não restou abalado, eis que ninguém poderia ignorar a conjuntura de absoluta excepcionalidade do ponto de vista da gestão financeira, vivenciada no país⁵⁵⁴. As medidas restritivas impostas visaram garantir um interesse público prevaiente, definido em um processo estratégico-administrativo adotado pelas forças políticas. As restrições, conforme decidido pelo Tribunal, não violaram os princípios da proporcionalidade e da isonomia, uma vez que os cortes constituem medidas idôneas para conter o défice orçamental e não poderiam ser consideradas excessivas. A justificativa para atingirem uma categoria específica de trabalhadores decorre da discricionariedade e da livre conformação política dos legisladores, detentores de representatividade democrática e, portanto, de legitimidade para avaliar as alternativas possíveis e as suas repercussões globais no sistema. Por fim, entenderam que os servidores ocupantes de cargos públicos não se encontram em posição de igualdade com o restante dos cidadãos, sendo que o sacrifício adicional a eles exigido não constitui um tratamento injustificadamente desigual, inclusive por se encontrarem vinculados à prossecução do interesse público.

dos artigos 20 e 21, do referido diploma legal, o qual não será objeto de análise no presente trabalho, em razão das especificidades em torno da legislação específica dos Magistrados e dos membros do Ministério Público, que fugiriam em demasia do objeto de avaliação aqui proposto.

⁵⁵⁴ Em divergência ao entendimento sustentado pelo Tribunal Constitucional Português, ver TIAGO ANTUNES, *Reflexões constitucionais em tempo de crise económica-financeira*, Revista *O Direito*, Ano nº 143, V, Lisboa, 2011, p. 1063/1099. Nesse mesmo sentido, ver ANTONIO MARTINS, *A jurisprudência constitucional obre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*, op. cit., p. 28/30.

Em 2012, o Tribunal Constitucional foi novamente acionado através de um pedido de fiscalização sucessiva formulado por alguns Deputados da Assembleia da República para analisar a constitucionalidade de outros cortes nos rendimentos dos funcionários públicos, agora relacionados aos subsídios de férias e de Natal, autorizados no orçamento do Estado⁵⁵⁵. No Acórdão sob nº 353/2012, a Corte Suprema portuguesa declarou, por maioria, a inconstitucionalidade das restrições impostas pelo Governo, em sua lei orçamentária⁵⁵⁶. Argumentou-se que o acréscimo de uma nova restrição em desfavor novamente dos mesmos alvos, ou seja, dos servidores públicos ultrapassava o sacrifício adicional exigível, revelando-se desproporcional em comparação aos demais trabalhadores que recebiam rendimentos semelhantes, mas decorrentes de outras fontes de renda. E, ainda que reconhecida a gravíssima situação financeira enfrentada pela nação, não se poderia promover a repartição dos sacrifícios de forma excessivamente diferenciada, sob pena de violação do princípio da igualdade proporcional⁵⁵⁷. Em seu posicionamento, a autonomia normativa das forças políticas com representatividade democrática não pode se desenvolver desprovida de limites, devendo-se ater aos parâmetros inerentes ao Estado de Direito. No entanto, em razão da anormal conjuntura financeira vivenciada no país, o Tribunal Constitucional modulou os efeitos da sua decisão. Nesses termos, embora constatada a inconstitucionalidade das medidas submetidas à sua apreciação, a Corte decidiu que a sua decisão não produziria efeitos durante o ano de 2012, por motivos de relevante e excepcional interesse público e o atual contexto de grave emergência.

Em 2013, novos desacordos constitucionais orçamentários foram apresentados ao Tribunal Constitucional, por meio de fiscalização sucessiva em relação ao orçamento do

⁵⁵⁵ Cf. Lei nº 64-B/2011. A Lei do Orçamento do Estado para o exercício financeiro de 2012 previa para além da redução adicional da remuneração dos funcionários públicos através da suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, os cortes salariais dos servidores titulares de renda superior a E\$ 1.100 (um mil e cem euros) e a redução progressiva para aqueles que aferissem renda entre E\$ 600 (seiscentos euros) e E\$ 1.100 (um mil e cem euros).

⁵⁵⁶ Para uma crítica desenvolvida em relação a esse Acórdão, ver GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, “*O constitucionalismo dos princípios*”, op. cit., p. 71/103. Para CARLOS BLANCO DE MORAIS (As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso, Disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/as_mutacoes_constitucionais.pdf>. Acesso em 03.05.2018), as decisões em torno do Acórdão sob nº 353/2012 foram marcadas pelo envolvimento político atípico do Tribunal Constitucional, em um contexto de “*prova de vida*”, em que a própria relevância institucional e a sobrevivência da Justiça Constitucional estavam sendo colocadas em debate.

⁵⁵⁷ Sobre esse Acórdão, mais especificadamente em relação à aplicação do princípio da igualdade, ver MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “*Medida e Intensidade do Controlo de Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional*”, In Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014, p. 107/131.

Estado vigente⁵⁵⁸. Por maioria, a Corte Constitucional declarou, no Acórdão sob nº 187/2013, a inconstitucionalidade da suspensão dos subsídios de férias dos servidores públicos ativos e dos aposentados⁵⁵⁹, por violação ao princípio da igualdade e da contribuição sobre prestações de doença e desemprego⁵⁶⁰, por comprometimento do princípio da proporcionalidade.

Em relação à suspensão do pagamento do subsídio de férias, a Corte Constitucional destacou que se tratava do terceiro orçamento consecutivo em que restrições eram impostas principalmente a essa gama de trabalhadores, sendo indispensável que o legislador encontrasse alternativas para coibir o déficit público sem que se perpetuasse o tratamento excessivamente diferenciado a uma categoria de pessoas.

No que diz respeito à contribuição sobre os subsídios de doença e de desemprego, o Tribunal Constitucional entendeu que se tratava de medida desproporcional, excessivamente onerosa, uma vez que prejudicava pessoas que se encontravam em risco social, as quais já eram beneficiárias de prestações estatais. Nesse caso, tratava-se de garantir o direito a uma existência condigna para aqueles que não tinham condições de, por si, obterem condições mínimas materiais necessárias às suas próprias sobrevivências.

Por sua vez, não declarou a inconstitucionalidade da redução remuneratória dos trabalhadores ocupantes de função pública⁵⁶¹, utilizando-se de argumentos semelhantes aos adotados no Acórdão sob nº 396/2011. Novamente, alegou-se uma situação de excepcionalidade financeira ainda mais notória, de modo que não haveria o que se falar em violação ao princípio da proteção da confiança. De igual forma, considerou constitucional a redução do pagamento do trabalho extraordinário⁵⁶² e da denominada contribuição extraordinária de solidariedade destinada aos pensionistas que angariavam rendimentos superiores a E\$ 1350 (um mil, trezentos e cinquenta euros)⁵⁶³. No âmbito do Acórdão sob nº 187/2013, o Tribunal decidiu, sem dizer expressamente, ser possível que os próprios aposentados contribuíssem para o adimplemento das suas respectivas pensões. Para o Tribunal, a medida não se afigurava excessiva, uma vez que era adequada para o atingimento dos seus fins, qual seja a redução excepcional das despesas relativas ao pagamento das pensões, por meio de um financiamento suplementar transitório. Ademais, a contribuição extraordinária de

⁵⁵⁸ Cf. Lei nº 66-B/2012.

⁵⁵⁹ Cf. artigos 29 e 77 da Lei nº 66-B/2012.

⁵⁶⁰ Cf. artigo 117 da Lei nº 66-B/2012.

⁵⁶¹ Cf. artigo 27 da Lei nº 66-B/2012.

⁵⁶² Cf. artigo 45 da Lei nº 66-B/2012.

⁵⁶³ Cf. artigo 78 da Lei nº 66-B/2012.

solidariedade seria aplicada sem prejudicar os funcionários mais vulneráveis financeiramente, não sendo, dessa feita, desproporcional ou excessiva. Os motivos alegados pelo Governo e acatados pela Corte Constitucional foram atinentes à situação de crise de natureza financeira e ao contexto extraordinário que exigiu o financiamento de caráter complementar.

Nesse mesmo ano, em outro feito, o Tribunal Constitucional analisou o incremento da carga horária dos servidores ocupantes de função pública, alterando-a de 35 (trinta e cinco) para 40 (quarenta) horas de trabalho. No Acórdão sob nº 794/2013, o referido Tribunal decidiu pela constitucionalidade da medida, ainda que sem o respectivo adicional nas retribuições aferidas pelos trabalhadores públicos que passariam a trabalhar mais, sem ganhar por isso. Logo, a redução da hora trabalhada encontrou justificativa, novamente, na necessidade de sustentação financeira das instituições públicas, cujas finanças encontravam-se abaladas pela conjuntura de absoluta excepcionalidade.

No ano de 2014, novos cortes nos rendimentos dos servidores públicos foram previstos no orçamento do Estado⁵⁶⁴. Contudo, nessa oportunidade, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade dessas medidas governamentais, através do Acórdão sob nº 413/2014, modulando, novamente, os efeitos da sua decisão, para impedir a devolução dos valores angariados pelo Estado nos meses de janeiro a maio desse mesmo ano. As explicações para essa referida modulação foram relacionadas às questões conjunturais de emergência financeira. No mesmo julgado, a Corte decidiu que a suspensão do pagamento da complementação da reforma dos trabalhadores das empresas públicas se fazia constitucional.

Assim, as decisões do Tribunal Constitucional, como não poderiam deixar de ser diante da polêmica dos temas enfrentados, não encontraram consenso social e político, tampouco jurídico.

Há quem defenda que a situação de gravíssimo déficit financeiro demanda uma interpretação especial por parte do Tribunal Constitucional, diversa da adotada em tempos de normalidade. Nesse diapasão, nos confrontos constitucionais apresentados à Corte, deve haver uma ponderação mais cautelosa entre os interesses em jogo, a fim de que seja levado em consideração o estado de anormalidade constitucional e de crise econômica, vivenciado no país⁵⁶⁵. Para decidir pela inconstitucionalidade das decisões adotadas pelas forças políticas

⁵⁶⁴ Cf. Lei nº 83-C/2013.

⁵⁶⁵ Em defesa de um direito constitucional de crise e de uma jurisprudência igualmente de crise, ver MARIA BENEDITA URBANO, “*A jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: bipolaridade?*” In Gonçalves

com representatividade democrática há necessidade de fazê-lo apenas e tão somente nas hipóteses de manifesta evidência de inconstitucionalidade⁵⁶⁶.

Em sentido divergente, há doutrinadores que sustentam que são principalmente em momentos de dificuldades financeiras, em que novos e mais penosos sacrifícios são exigidos da população, que as regras constitucionais se revelam essenciais e devem, portanto, ser respeitadas por todos, inclusive e, sobretudo, pelos poderes democraticamente eleitos⁵⁶⁷.

Nessa linha doutrinária, não se pode admitir a adoção de medidas restritivas que violem os princípios estruturantes do Estado de Direito, ainda que com o intuito de reduzir o déficit orçamental e sob o argumento de que se trata de medidas essenciais e transitórias

Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Crítico*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014, p. 46 e RICARDO BRANCO, “*Ou sofrem todos, ou há moralidade: Breves Notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/2012, de 5 de julho*” In Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, José de Sousa e Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Lima Rego e Pedro Múrias, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. I, Ed. Almedina, Coimbra, 2012, p. 349. Sem defender o posicionamento de que a Constituição está condicionada a um direito e a uma jurisprudência especial de crise, mas sustentando a necessidade de uma releitura das respectivas normas, em função da direta correlação entre a norma e a realidade, ver JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “*Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades*” op. cit., p. 60.

⁵⁶⁶ Cf. MARIA BENEDITA URBANO, “*Estado de necessidade econômica e financeiras o papel do Tribunal Constitucional*”, In Pedro Gonçalves, Carla Amado Gomes, Helena Melo, Filipa Calvão (Coords.), *A crise e o Direito Público, VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 09/31. Para a autora, os juízes precisam ter a consciência de que ainda que atuem com objetividade e imparcialidade, as suas intervenções podem ser vistas negativamente, como uma verdadeira atuação no campo político. Para impedir essa má compreensão é fundamental que os magistrados constitucionais se utilizem de fundamentos consistentes, de natureza jurídico-constitucional nas suas decisões. Para a doutrinadora lusitana, pode-se extrair “um novo princípio: in dubio por medidas anti-crise”. Na sequência, a autora estabelece as características habituais de um direito de crise. Seriam elas: a) a adequação das medidas restritivas ao objetivo de combate à crise, devendo-se considerar inconstitucionais apenas e tão somente as medidas que se revelarem manifestamente inadequadas; b) o caráter temporário das medidas restritivas; c) a coerência das justificativas estatais apresentadas para a adoção das medidas de restrição e de austeridade. Sobre a temática ver, também, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “*Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades*” op. cit., p. 57/58 e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Economia Social de Mercado e Confiança – O caso das pensões e reformas em Portugal*, Revista Direito e Política, nº 06, fev/abril de 2014, p. 60/68. Para ele, a jurisdição constitucional deve ser desenvolvida com responsabilidade e prudência. Está autorizada a intervir nas escolhas legislativas apenas nas hipóteses de evidente violação à Constituição, em situações de descumprimento de regras constitucionais ou de inconstitucionalidade manifesta. Outro não é o entendimento de GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, “*O constitucionalismo dos princípios*”, op. cit., p. 93.

⁵⁶⁷ Nesse sentido, JORGE REIS NOVAIS (*Em defesa do Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 53) afirma que é justamente em tempos de crise que a Constituição deve adquirir uma nova e reforçada incidência, devendo o Tribunal Constitucional aplicá-la com mais rigor e exercer a guarda da Constituição com mais afinco. Sobre o tema, destaca-se o voto vencido proferido pelo Cons. Vital Moreira no Acórdão sob nº 11/93. Segundo o seu entendimento, são nas situações de crise e de anormalidade que as regras constitucionais devem ser ainda mais respeitadas, de acordo com a ideia de justiça fiscal e de distribuição igualitária. Nessa linha de entendimento, ver também ANTONIO MARTINS, *A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do estado e (in)constitucionalidade do OE 2014*, op. cit., p. 60. Em tom crítico à jurisprudência do Tribunal Constitucional, alegando haver certa complacência da Corte em relação aos argumentos econômicos alegados pelos demais poderes, ver LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITAO, *Anotação no Acórdão do Tribunal Constitucional nº187/2013 (Lei do Orçamento do Estado para 2013)*, Revista da Ordem dos Advogados – ROA, ano 72, out./dez. 2012, p. 1483/1784.

instituídas para apaziguar uma conjuntura de absoluta excepcionalidade financeira. A Constituição Federal é viva, assim como os direitos e garantias nela contidos, os quais devem ser resguardados.

Em nosso posicionamento, o Tribunal Constitucional não pode deixar de considerar que, de fato, vivem-se tempos de desequilíbrio orçamentário e de crise econômica, com impactos intergeracionais. Mas essa situação de excepcionalidade não transmite ao Governo e ao Parlamento uma flexibilidade irrestrita, imune a qualquer espécie de controle. Significa dizer que o Tribunal Constitucional não pode ter os seus poderes reduzidos, para além da cautela e da responsabilidade sempre exigíveis nas suas intervenções. A sua missão continua sendo a mesma: a de controlar juridicamente o abuso do poder e de tutelar a Constituição Federal, por meio de julgamentos objetivos e imparciais. O contexto financeiro deve ser levado em conta no momento da análise da justificativa apresentada pelo Poder Público, mas não para restringir ou impedir a atuação da Justiça Constitucional. Se não existem direitos absolutos, é essencial averiguar se há compatibilidade entre a restrição imposta pelo Estado aos particulares e os fins por ele buscados. As medidas restritivas escolhidas devem respeitar a ordem jurídica e os seus princípios fundadores.

Perfilhamos do posicionamento de que a situação de absoluta excepcionalidade orçamental não constitui uma terceira modalidade de estado de exceção constitucional. A Constituição Federal não se suspende nessas circunstâncias, por mais complexos e controversos que sejam os desacordos. A isonomia, a proteção da confiança, a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana remanescem no sistema constitucional e devem ser observados por todos os poderes da República, mesmo que em uma situação de crise econômica.

Portanto, não há justifica possível capaz de legitimar a adoção de medidas restritivas que confirmem tratamentos diferenciados à parcela da população em detrimento de outros cidadãos que se encontrem em igualdade de condições. Para que um grupo de destinatários de uma norma, em situações fáticas semelhantes, seja tratado de forma distintiva, é preciso que haja uma justificativa jurídico-constitucional para subsidiar um tratamento diferenciado entre ambos. O suporte unilateral de restrições, ainda que por prazo determinado, não encontra amparo constitucional. Defender o contrário seria aceitar que os malefícios provenientes da crise não precisam respeitar a ideia de universalidade, de capacidade contributiva e de

equivalência e que impostos “encapotados”⁵⁶⁸ podem ser criados em prejuízo de um grupo de pessoas ou de uma categoria profissional, como se verificou no caso em tela, em relação àqueles que angariavam os seus rendimentos através de recursos públicos⁵⁶⁹. Não há como

⁵⁶⁸ Termo utilizado por ANTONIO MARTINS, *A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do estado e (in)constitucionalidade do OE 2014*, op. cit., p. 67.

⁵⁶⁹ Em entendimento contrário, ver GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, *O constitucionalismo dos princípios*, op. cit., p. 74/88. O autor inicia a sua fundamentação justificando que o Governo, ao assinar o Memorando de Entendimento com o Banco Central Europeu, com o Fundo Monetário Internacional e com a Comissão Europeia comprometeu-se, em troca de receber um empréstimo vultoso, a cumprir metas anuais de austeridade, as quais deviam ser ampliadas a cada um dos três anos de validade do acordo. O problema é que o aumento da carga fiscal e dos cortes de despesas produzem resultados negativos à economia, que passa a reagir mal, sem circulação de riquezas suficientes para promover o crescimento econômico e a consequente melhora na arrecadação tributária de recursos. Por esse motivo, a Administração teria escolhido consolidar as suas contas públicas através de intervenções em duas categorias de despesas que correspondiam a 80% (oitenta por cento) dos seus gastos: as prestações sociais e os salários dos servidores públicos. Nesse sentido, os cortes salariais dos ocupantes de funções públicas, promovidos a partir do ano de 2011, não seriam inconstitucionais, eis que justificáveis. Em seu posicionamento, restrições dessa natureza não configurariam violações ao princípio da isonomia. Inicialmente, esse teria sido o entendimento do Tribunal Constitucional em relação à Lei do Orçamento do Estado de 2011. O fundamento seria de que os servidores já tinham um salário médio superior ao auferido pelos trabalhadores na iniciativa privada, além de se beneficiarem de um regime de despedimento mais favorável, sendo proporcionais os cortes autorizados pelo Parlamento. Contudo, com o passar dos anos, a Corte alterou a sua posição, sob o argumento de que o efeito cumulativo das medidas restritivas acarretou um ônus excessivo a essa gama de trabalhadores, sendo necessário que as forças políticas buscassem formas alternativas de recompor o equilíbrio fiscal do Estado. Para o autor, de fato, os argumentos anteriores acatados pela Corte de que o salário médio dos servidores públicos é superior aos lotados na iniciativa privada precisa ser recebido com ressalvas, na medida em que há funções públicas que não têm equivalência com o setor privado, o que dificulta as comparações, em termos de variações salariais. Nesse ponto, concordamos com o professor Gonçalo de Almeida Ribeiro. Em seguida, o doutrinador menciona que a escolha do legislador em relação aos cortes salariais dos funcionários públicos não viola o princípio da isonomia e, portanto, não é inconstitucional, porque se fez necessário praticar no âmbito público um ajustamento salarial semelhante ao que ocorreu no setor privado, em que os salários perderam aproximadamente 15% (quinze por cento) do valor nominal no período anterior à Lei do Orçamento do Estado, em razão da contração da economia nacional. Com esse argumento, contudo, não concordamos. Ainda que a crise econômica tenha interferido nos acordos laborativos firmados da iniciativa privada, seja com a redução salarial, seja com a diminuição da carga horária, fato é que com base no quanto apontado pelo próprio autor, não é possível comparar todas as funções desempenhadas no setor público e no setor privado, tampouco as suas circunstâncias. De modo que as negociações são e, em muitos casos, devem ser díspares. Para explicar melhor nossas conclusões, suponhamos que na rede privada de ensino, o salário médio dos professores tenha sofrido um decréscimo em torno de 15% (quinze por cento). Já no setor público, não. Aparentemente, há um tratamento desigual entre os professores da rede privada e da rede pública que pode justificar os ajustes fiscais de cortes salariais. Mas essa avaliação não é tão simples como possa parecer. Isso porque o Poder Público tem que mensurar determinadas circunstâncias que não se encontram presentes e, logo, não são equiparáveis em relação ao setor privado. Afinal, a rede pública de ensino tem que chegar a todos os rincões, muitos deles onde a iniciativa privada não tem interesse de desenvolver os seus negócios. Será que os donos de escolas privadas têm interesse de construir e manter uma unidade de ensino em uma região periférica, com altos índices de violência; com alunos detentores de défices de aprendizado e de alimentação significativos e que não podem pagar por suas mensalidades? Provavelmente não. E será que para contratar profissionais que se disponham a trabalhar em locais distantes, com todas essas dificuldades, o custo operacional das transações envolvidas não será maior? Certamente que sim. Nessa conformidade, o Poder Público tem que fazer concessões para conseguir prestar determinados serviços públicos, inclusive efetuar compensações de cunho salarial. No Brasil, mesmo pagando-se valores muito acima do piso nacional, não se consegue, por exemplo, contratar médicos que se disponham a trabalhar nos interiores do país ou em zonas de maior índice de violência, o que constitui um problema quase insolúvel na saúde pública. É difícil encontrar quem queira trabalhar longe da família, com maiores custos de transporte e de domicílio, sem contar nas condições adversas dessas funções, direcionadas a atender um público extremamente carente, detentor de inúmeras necessidades. Logo, a equiparação entre o setor público e a iniciativa privada é difícil de ser feita e deve levar em consideração todas

deixar de se questionar: Em que expediente normativo há previsão de que a sustentabilidade fiscal do Estado será arcada única e exclusivamente por certos segmentos de trabalhadores, por meio de restrições híbridas, que pelas suas características, nada mais são do que verdadeiros impostos?

Ora, a crise vivenciada pela população produz, sem dúvida, a necessidade de que sacrifícios sejam realizados. Mas os custos devem ser suportados por todos, de acordo com as suas capacidades contributivas, em termos equitativos, e não apenas com base nos vínculos profissionais de uns em benefício de outros. A escolha governamental não pode ultrapassar os limites do princípio da isonomia. E mais. As decisões alocativas a serem impostas precisam ser proporcionais e não excessivamente onerosas. Os parâmetros constitucionais de existência condigna devem ser resguardados.

O argumento de que a aprovação das constrições deu-se por intermédio da maioria democrática, detentora de representatividade popular, também não é suficiente para conferir credibilidade e legitimidade às escolhas alocativas. A escolha majoritária, por si, não é garantia direta de observância à Constituição, por mais capacidade de gestão e bom senso que tenham os representantes desses poderes.

Esses tratamentos diferenciados mesmo que fundamentados em argumentos nobres, dignos de atenção e respeito, como para atender o interesse público premente e excepcional da coletividade; para resguardar direitos e garantias das futuras gerações; para assegurar a sustentabilidade econômica e financeira do Estado, devem ser avaliados com ressalvas. Aliás, com muitas ressalvas. A história nos revela que situações diferenciadas imputadas aos cidadãos, ainda que consentidas pela maioria, correspondiam, na realidade, em verdadeiras

essas condicionantes. Não se trata apenas de comparar as reduções médias salariais de um e de outro setor, o que, não deixa de encontrar dificuldades práticas, eis que os parâmetros objetivos para tal cotejo dificilmente são possíveis de serem definidos. Isso sem contar que muitas das funções públicas não são meramente administrativas, mas constituem-se em verdadeiras carreiras de Estado. Nesses casos, é inquestionável que as remunerações devem ser concebidas também como garantias de independência e precisam ser proporcionais às responsabilidades inerentes aos cargos, os quais devem ser preenchidos por profissionais da mais alta qualidade técnica. Em observações derradeiras, não se sustenta que a situação dos servidores públicos é imutável, tampouco se admite abusos, tal como o exemplo dado pelo doutrinador em que o Governo, mesmo em um contexto de crise econômica, mas com finalidade unicamente eleitoreira, duplica os salários dos funcionários públicos. De igual forma, não se pretende indicar o caminho a ser escolhido pelo Poder Público, que possui flexibilidade orçamental para decidir por uma entre as alternativas legítimas possíveis. O que se defende é que se faça essa escolha, promovendo-se uma justa distribuição dos sacrifícios entre todos os cidadãos que se encontrem em igualdade de condições. Se essa igualdade não puder ser aferida objetivamente, a ponto de diferenciar a carreira pública da privada, como nos parece não ser possível nos termos das justificativas apresentadas pelo Governo português, que seja escolhido um meio de contenção de custos a ser repartido por todos os cidadãos, sem descarte para a aplicação geral de tributos, na proporção da capacidade contributiva de cada um.

demonstrações de desigualdades, de indignidade e de violações aos direitos humanos. A título de exemplo, no Brasil, no século XIX, criou-se, no Estado da Bahia, após a “Revolução dos Malês⁵⁷⁰”, a denominada Lei de Insurreição⁵⁷¹. O seu pretense objetivo era evitar que novas revoltas fossem praticadas para fins de libertação dos escravos, uma vez que a escravidão constituía uma prática lícita, à época. Contudo, sob esse subterfúgio, previu-se no corpo da referida lei que, entre outras disposições aberrantes, os escravos forros da província, ou seja, cidadãos já libertos deveriam pagar impostos “diferenciados”, no importe de 10 (dez) mil réis-anuais. Os impostos somente não seriam cobrados daqueles que estivessem em condições de invalidez ou que trabalhassem em grandes fábricas da província, como nas indústrias de manufatura de açúcar e algodão⁵⁷². Tratava-se de uma medida criada pelo Poder Legislativo estadual, que se revelava absolutamente desigual, posto que não aplicável aos demais cidadãos que viviam no estado baiano. Para além desse exemplo, fato é que a cobrança de impostos a certos segmentos da população, em inobservância às regras de igualdade e de universalidade é antiga. O instituto denominado “judenga” configura outro exemplo que não pode ser esquecido dos anais da história mundial.

Assim, ainda que os fins almejados pelas forças políticas sejam legítimos – e nem sempre o são – as alternativas para os seus atingimentos também devem ser. Afinal, os fins não justificam o emprego de todo e qualquer meio, principalmente daqueles que contrariem os princípios da isonomia, da proporcionalidade, da tutela da confiança e da dignidade da pessoa humana.

Voltando-se para a atualidade brasileira, a crise econômica também mobilizou o Congresso Nacional e o Governo. O cenário, caracterizado pelo déficit orçamentário, pelo alto índice de desemprego e pela instabilidade econômica, movimentou os poderes políticos em busca de soluções capazes de reduzir os gastos públicos, de promover o reequilíbrio financeiro do Estado e de retomar o crescimento econômico, no país.

Em 15 de dezembro de 2016, após tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado

⁵⁷⁰ Trata-se de um movimento organizado no mês de janeiro do ano de 1835, na cidade de Salvador, no estado da Bahia, por libertos e escravos “negros de ganho”, que exerciam as suas atividades profissionais com relativa autonomia e que sofriam discriminações raciais e de caráter religioso, uma vez que eram adeptos da religião mulçumana, em sua maioria. O objetivo do levante foi inverter a lógica a que estavam submetidos e tomar o poder. Contudo, a rebelião foi combatida por forças militares, sendo que muitos dos seus participantes foram presos. Os seus líderes foram condenados à pena de morte. Os demais envolvidos julgados foram condenados a açoites, trabalhos forçados ou ao degredo para a África.

⁵⁷¹ Cf. Lei nº 9, de 13 de maio de 1835.

⁵⁷² Sobre a temática, ver MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, *Negros estrangeiros, os escravos libertos e sua volta à África*, op. cit., p. 100/101.

Federal⁵⁷³ foi promulgada a Emenda Constitucional sob nº 95/2016. Por seu intermédio instituiu-se um novo regime aplicável ao Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, o qual vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos. Estabeleceu-se que para cada um dos exercícios fiscais serão definidos limites pormenorizados para as despesas correntes, destinadas à manutenção da estrutura do Estado e dos serviços por ele prestados. Para o ano de 2017, previu-se, por exemplo, que o limite de gastos aplicável a cada poder e para os seus respectivos órgãos será o mesmo valor executado no ano de 2016, acrescidos dos restos a pagar, corrigindo-se o resultado primário de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, que nesse período foi de 7,2% (sete vírgula dois por cento).

A partir da vigência da Emenda Constitucional sob nº 95/2016, as medidas de austeridade configuram a regra geral. Apenas, excepcionalmente, não será aplicado o novo regime, como nas hipóteses de despesas relacionadas às transferências constitucionais estabelecidas, aos créditos extraordinários e aos dispêndios não recorrentes da Justiça Eleitoral para a concretização das eleições⁵⁷⁴. E, caso os limites disciplinados não sejam atendidos pelo poder/órgão respectivo, ficam vedadas as concessões, a qualquer título, de aumentos, reajustes ou adequações remuneratórias dos seus membros, servidores, empregados públicos e militares, bem como a criação de cargos, empregos ou funções; a realização de alterações na carreira e a admissão ou contratação a qualquer título que impliquem aumento das despesas públicas. De igual forma, estão proibidos concursos públicos, salvo para a reposição das vacâncias; a criação ou a majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos ou benefícios e a instituição de novas despesas obrigatórias⁵⁷⁵.

Especificadamente em relação aos gastos com saúde e educação, os aportes mínimos para as ações e serviços públicos de saúde⁵⁷⁶ e para a manutenção e o desenvolvimento do ensino⁵⁷⁷ foram mantidos. Os reajustes, todavia, modificaram-se para ocorrer, ano a ano, de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA.

É inegável que a situação das contas públicas no Brasil revelava a ocorrência do endividamento contínuo e crescente do Estado. O regime fiscal, assim como o sistema tributário urgiam por mudanças estruturais, dotadas de coerência e de credibilidade, com o

⁵⁷³ Projeto de Emenda Constitucional sob nº 241/2016 enquanto estava em tramitação na Câmara dos Deputados e sob nº 055/2016, no Senado Federal.

⁵⁷⁴ Cf. artigo 107, §6º do Ato das Disposições Transitórias – ADCT da Constituição Federal de 1988.

⁵⁷⁵ Cf. artigo 109 do Ato das Disposições Transitórias – ADCT da Constituição Federal de 1988.

⁵⁷⁶ Cf. artigo 198, §2º, inciso I da Constituição Federal de 1988.

⁵⁷⁷ Cf. artigo 212 da Constituição Federal de 1988.

intuito de corrigir distorções sistêmicas, inclusive e principalmente no campo de distribuição equitativa de renda e riqueza. A Emenda Constitucional sob nº 95/2016 pretendeu promover tais mudanças. O foco principal do referido diploma normativo foi alterar a conjuntura fiscal do Estado, reduzindo os seus gastos especificadamente no que pertine aos serviços públicos e aos dispêndios para a manutenção da máquina pública. Mas, produziu externalidades negativas que precisam ser destacadas.

A maior afetação deu-se, sem dúvida, nos domínios dos direitos fundamentais prestacionais. Por 20 (vinte) anos, o Estado deixará de realizar investimentos vultosos em áreas essenciais ao desenvolvimento democrático da nação, como na assistência social, na educação e na saúde. O problema é que se as prestações não se revelam adequadas e suficientes nos dias de hoje, quem dirá em duas décadas, com reajustes ínfimos e desproporcionais aos vultosos custos envolvidos para as suas concretizações. Além disso, o pacto federativo padecerá diante dessas iniquidades. Os estados e os municípios serão os primeiros a colapsar. É triste perceber que nesse ínterim uma geração de milhares de brasileiros nascerá e chegará à maioridade civil, sem ter acesso, com qualidade, a serviços de natureza fundamental, uma vez que estarão inevitavelmente comprometidos, em face dos esparsos recursos públicos destinados a esses setores governamentais.

Por sua vez, a Emenda Constitucional sob nº 95/2015 não propôs quaisquer alterações em relação ao pagamento da dívida pública e dos juros a ela correlacionados, tampouco corrigiu distorções tributárias afetas aos gastos tributários, à igualdade e à capacidade contributiva, os quais interferem diretamente na arrecadação pública. Ao conceder benefícios fiscais e creditícios a determinados setores do mercado, com o pretexto de estimular o consumo de bens, por exemplo, o Estado deixa de receber recursos de quem tem mais condições de contribuir. O prejuízo inevitavelmente acaba sendo arcado pelo restante da população, inclusive por pessoas hipossuficientes financeiramente. Experiências recentes no mercado automobilístico nacional demonstram que apesar do aquecimento das vendas de veículos, os benefícios fiscais concedidos não tiveram o condão de evitar milhares de demissões com o término das suas vigências, não se revelando sustentável, tampouco justo, em uma avaliação de médio e longo prazos. Ademais, a concessão de benefícios fiscais produz impactos federativos, pois a redução na arrecadação dos impostos pela União gera consequências nos valores a serem destinados para as transferências constitucionais entre os entes federados.

Assim, em nosso entender, as escolhas feitas pela Emenda Constitucional sob nº 95/2016, por meio das forças políticas com representatividade majoritária, aumenta a desigualdade social, prejudica a qualidade de vida futura dos cidadãos brasileiros e contraria as prioridades e os objetivos constitucionais pactuados pelo Legislador Originário, os quais foram estruturados para subsidiar um Estado Democrático de Direito de índole social, com fundamentos voltados à cidadania e à dignidade da pessoa humana.

Não por acaso a Emenda Constitucional sob nº 95/2016 foi objeto de diversas ações de controle de constitucionalidade ajuizadas por inúmeros partidos políticos e associações, junto ao Supremo Tribunal Federal⁵⁷⁸. Embora pendente de julgamento, a Procuradoria Geral da República já se manifestou no feito. Em seu parecer, destacou que a mencionada emenda constitucional é prejudicial aos direitos humanos e aos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro nessa seara, na medida em que compromete a realização de investimentos em áreas essenciais, tais como a saúde, a assistência social e a educação. No entendimento do *Parquet* Federal, ao assim proceder, o Poder Legislativo viola o princípio da igualdade e compromete seriamente os direitos de liberdade, mantendo o quadro histórico de privilégios de certos segmentos sociais, em detrimento da população mais carente, dependente dos serviços públicos estatais.

Diante do exposto, uma questão resplandece, já em termos conclusivos. Para fazer frente às ameaças decorrentes das instabilidades fiscais, o Estado, através dos seus representantes eleitos, não pode abrir mão das características essenciais que integram a Constituição. Em tempos de crise não se admite tudo, tampouco que as forças políticas majoritárias tenham sempre razão. A flexibilidade dos agentes do Estado, inclusive dos ocupantes de mandatos eletivos, não é infinita, isenta de limites. É justamente nos momentos de excepcionalidade financeira que a Constituição Federal tem que fazer valer o seu verdadeiro papel: o de estatuto máximo do sistema constitucional vigente. Ainda que o cenário exija adequações, por meio de posturas de maior austeridade por parte do Poder Público e que o mercado e os organismos financeiros internacionais pressionem em razão das irresponsabilidades governamentais pretéritas, certo é que a Constituição Federal deve-se fazer soberana. Qualquer escolha administrativa na condução financeira do Estado não pode prescindir desse ensinamento. Os caminhos a serem trilhados podem ser mais árduos, em

⁵⁷⁸ São as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.633, nº 5.680 e nº 5.715, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, todas de relatoria da Min. Rosa Weber.

razão da conjuntura de grave situação econômica, mas nem por isso são admitidos desvios inconstitucionais. A Constituição encontra-se vigente e é a mesma, com as mesmas características, apesar de um cenário não tão amistoso.

Para melhor desempenhar o seu mister e também para assegurar a sua credibilidade, a Administração Pública deve agir com presteza, mas não de forma afoita, sem planejamento, sem estudo sólido das alternativas possíveis e sem amadurecimento social. Esse, aliás, é fomentado por justificativas plausíveis, por políticas críveis, igualitárias, proporcionais e legítimas. De igual forma, em tempos difíceis, não se pode excluir mecanismos democráticos de participação complementar, tais como a consulta formal à sociedade. Por seus intermédios, após uma discussão pública profunda, os cidadãos são conclamados a opinar sobre os problemas vivenciados e a decidir sobre as alternativas juridicamente possíveis existentes para os seus enfrentamentos⁵⁷⁹. A concepção de cidadania não se restringe à participação popular no processo de escolha formal dos governantes, durante os pleitos eleitorais. A relação entre governantes e governados deve ser dinâmica. O administrador tem o dever de ouvir a população, de justificar as suas escolhas e de coaduná-las ao sistema jurídico-constitucional.

Não há como negar que não se faz possível passar por águas turbulentas, como as vislumbradas em um estado de crise, sem que perdas ou restrições se façam presentes. Elas vão inevitavelmente ocorrer. Contudo, se reformas devem ser feitas, os seus conteúdos precisam conter, para além de sustentação política, embasamento jurídico-constitucional. Nunca é demais repetir: as decisões governamentais não gozam de presunção absoluta de constitucionalidade e de legalidade, simplesmente por se estar vivenciando um momento de grave e excepcional crise financeira e fiscal e por serem prescritas por atores eleitos através do sufrágio universal.

Quando mesmo que sob o pretexto de combater o déficit público são praticadas iniquidades sistêmicas, a reposição da regularidade se impõe. Há necessidade de reequilíbrio, de se reencontrar a coerência e a unidade da ordem jurídica. Para tanto, não há espaço para o

⁵⁷⁹ Sobre a temática, ver CARLOS EDUARDO SELL, *Introdução à Sociologia Política e Sociedade na Modernidade Tardia*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2008, p. 93/95 e FRANCISCO PEDRO JUCÀ e LAURO ISHIKAWA, “Orçamento Participativo e Democracia Representativa”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 169/193. Para os autores Francisco Pedro Jucá e Lauro Ishikawa, mesmo que as medidas que se revelem imprescindíveis sejam amargas e onerosas há maiores chances de aceitação popular, se os cidadãos forem chamados a participar ativamente das escolhas públicas mais dilemáticas. A depender da habilidade política na condução do processo e do respeito ao Pacto Social Originário, o enfrentamento dos problemas graves e de fundo serão mais facilmente aceitos ou não.

exercício da flexibilidade sem limites, para a sobreposição integral de um poder sobre o outro. Concordamos com José de Melo Alexandrino quando o professor da Faculdade de Direito de Lisboa afirma que o regresso à situação de normalidade não decorre da atuação de um “super-herói, mas sim por via da cooperação responsável entre os diversos poderes do Estado⁵⁸⁰”. O debate em torno da legitimidade e dos limites da Justiça Constitucional para interceder nessa zona limítrofe, entre o político e o jurídico, será abordado mais adiante, nos próximos capítulos. Por enquanto, persiste-se na análise do conteúdo normativo do orçamento público.

5.3.4 Despesas obrigatórias x despesas discricionárias

A lição já extraída em diversas passagens é de que a flexibilidade orçamental constitui um elemento ínsito ao orçamento público. Contudo, mesmo em tempos de crise, os créditos orçamentários não podem ser concebidos como meras autorizações conferidas ao Poder Público, para livre execução, de acordo com o seu juízo discricionário, sem justificativa jurídico-constitucional correspondente.

Não se pode esquecer que a lei orçamental é composta por diversos dispositivos dotados de conteúdos distintos. Ainda que sob uma perspectiva global o orçamento do Estado seja visto como o resultado de um processo em que o Parlamento autoriza o Executivo a realizar suas despesas, o seu bojo também contém comandos de outras naturezas, formados não apenas por previsões autorizativas, mas também por disposições que constituem proibições e determinações ao Poder Público. E, cada um deles com densidade e alcance distintos. De onde se extrai que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem créditos orçamentários de cumprimento obrigatório, mas também há outros de cumprimento discricionário⁵⁸¹.

Mas, é importante destacar. Os créditos podem ser vinculados ou discricionários, mas não as suas dotações. Nesse tocante, de forma precedente, é fundamental diferenciar os créditos das dotações orçamentárias. Os créditos orçamentários são as especificações dos

⁵⁸⁰ Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades*, op. cit., p.57.

⁵⁸¹ Segundo MARCUS ABRAHAM (*Efetividade e vinculação das leis orçamentárias e a ADI 4.663*, op. cit., p. 305/323), o orçamento público brasileiro contém um perfil dúplice, ou seja, com disposições em parte autorizativas, e em parte impositivas. Em seu posicionamento, não há mais espaço no ordenamento jurídico pátrio para entendimentos que generalizem o orçamento público como meramente autorizativo ou como um estatuto simplesmente impositivo. Com efeito, o orçamento público brasileiro tem caráter híbrido. Assim também ver EDILBERTO CARLOS PONTES LIMA, *Algumas observações sobre Orçamento Impositivo*. Revista IPEA, Planejamento e Políticas Públicas – PPP, nº 26, jun./dez. 2003, p. 05/06.

gastos futuros, cujos limites máximos estão previstos na Lei Orçamentária Anual. Correspondem ao conjunto de categorias classificatórias que individualizam o agir governamental, que indicam a origem dos recursos e as suas aplicações. As classificações das despesas concretizam o princípio da especificação orçamental e tem como finalidade a especificação das alocações e a definição da destinação dos recursos públicos orçados. Cada uma delas possui um propósito definido, com objetivo de se esclarecer: a) quem é o responsável pela programação; b) em qual área a despesa será gasta; c) os motivos que ensejaram tais gastos, os objetivos pretendidos e os programas para os seus atingimentos; d) os resultados a serem produzidos (o que se adquiriu ou o que se conseguiu atingir). Trata-se das denominadas classificações institucionais, funcionais, programáticas e econômicas, respectivamente⁵⁸². Por sua vez, as dotações podem ser definidas como o montante de recursos públicos com que contam os créditos orçamentários⁵⁸³.

Em resumo, os créditos orçamentários englobam as descrições das despesas e as dotações os recursos destinados a cada crédito. Enquanto as despesas podem ser de natureza obrigatória ou discricionária, as dotações são sempre estimadas. Isso porque é muito difícil precisar, com exatidão, os recursos que devem ser alocados para cada uma das programações e ações governamentais. Não é incomum haver alterações nas receitas arrecadadas, além de variações em relação ao número de destinatários e aos custos das políticas públicas.

Nesse diapasão, as dotações orçamentárias são frutos de estimativas médias, calculadas na fase do planejamento orçamentário. O quanto realmente será gasto somente poderá ser precisado no momento da execução do programa correlato. Caso os objetivos a que se destinam sejam devidamente alcançados por meio de dispêndios menores, não há obrigatoriedade da integral realização da dotação prevista. Não se pode esquecer que a atividade financeira do Estado deve ser realizada de acordo com os ditames da economicidade, da eficácia e da eficiência. De outro lado, se os recursos forem insuficientes, pode-se promover a abertura de créditos especiais ou suplementares, a depender da situação, para a devida complementação financeira.

Logo, não é incomum que, durante o exercício financeiro, as dotações sejam implementadas em quantidade superior ou inferior aos importes máximos previstos na Lei

⁵⁸² Sobre a temática, ver EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, op. cit., p. 253/254, JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 87/143 e SERGIO JUND, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, op. cit., p. 257/285.

⁵⁸³ Cf. JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 321/322 e J. R. CALDAS, *Elementos de Direito Financeiro*, op. cit., p. 115/116.

Orçamentária Anual. Tudo depende da necessidade constatada no caso concreto, oportunidade em que será definido, com maior precisão, o número de pessoas beneficiárias de determinado bem ou serviço, assim como os seus custos operacionais e os recursos disponíveis para o seu adimplemento.

Concluídas essas considerações preliminares, pode-se avançar na investigação para o enfrentamento do seguinte dilema: Afinal, o orçamento brasileiro é impositivo ou autorizativo?

A resposta a esse questionamento não é exata, como veremos.

O artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal⁵⁸⁴ veta, como regra, a vinculação de receita de impostos, como decorrência do princípio clássico do direito financeiro da não afetação das receitas. O objetivo é assegurar ao administrador recursos que posteriormente possam atender, com maior flexibilidade, as demandas e as intercorrências que surgirem no exercício fiscal⁵⁸⁵.

Contudo, trata-se de um princípio com importância reduzida no sistema orçamental brasileiro, na medida em que há diversas situações em que o próprio Legislador Constituinte excepcionou o princípio da não afetação e vinculou determinadas receitas tributárias, em geral provenientes de impostos, para a execução de determinados créditos orçamentários. Para essas hipóteses prevalece o que Guilherme Waldemar d'Oliveira denomina de “dever de esforço orçamental”. Significa dizer que recai sobre o Administrador uma obrigação de garantir a execução das despesas obrigatórias constitucionais e legais assumidas pelo Estado, as quais

⁵⁸⁴ O artigo 167, IV da Constituição Federal de 1988, disciplina que a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa é vedada. Contudo, a Constituição traz ressalvas em relação à repartição do produto de arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e para os serviços públicos na área da saúde, bem como para a manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos artigos 198, §2º, 212 e 37, XXII. Ademais, há exceção também para a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo.

⁵⁸⁵ Para REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 366/367), o princípio da não afetação coíbe a “mutilação de verbas públicas”. Em seu entendimento, a Administração deve ter disponibilidade sobre os recursos públicos arrecadados, para empregá-los de acordo com os parâmetros e prioridades eleitos por ela e ratificados pelo Parlamento como fundamentais. Em suas palavras: “não se pode colocar o Estado dentro de uma camisa de força, minguando seus recursos, para que os objetivos traçados não fiquem ou não venham a ser frustrados”. Dentro dessa linha de entendimento, FERNANDO FACURY SCAFF, “*Liberdade do legislador orçamentário e não afetação – captura versus garantia dos direitos sociais*”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 150. Esse doutrinador entende não ser incomum a existência de grupos de pressão lutando pela captura de verbas do orçamento em definitivo, blindando parcela dos recursos em seu benefício próprio contra mudanças legislativas futuras. Nesse sentido, o princípio da não afetação corresponde a um escudo para evitar a ocorrência de “feudos de benefícios nada republicanos”.

devem, em tese, ser diretamente exequíveis da peça orçamental⁵⁸⁶.

A rigidez orçamental pode ocorrer através de inúmeras formas, tais como a obrigatoriedade de inclusão de despesa específica na Lei Orçamentária Anual; a fixação de recursos mínimos que devem ser aplicados em determinada função orçamentária e/ou a proibição de contingenciamento de empenho de certa dotação orçamentária⁵⁸⁷.

Com efeito, a vinculação de receitas reduz a flexibilidade estatal⁵⁸⁸. Contudo, o Legislador Constituinte ao ponderar essa situação optou por fomentar o desenvolvimento dos segmentos públicos considerados por ele como essenciais, assegurando-lhes recursos

⁵⁸⁶ Cf. GUILHERME WALDEMAR D'ÓLIVEIRA, *Consolidação Orçamental e Política Financeira*, op. cit., p. 297. Para o autor, o “dever de esforço orçamental” recai sobre as despesas obrigatórias e demais vinculações externas da peça orçamentária. Contudo, não engloba as despesas discricionárias, ou seja, as que não sejam decorrentes de leis, de contratos ou que não sejam diretamente exequíveis. Nesse mesmo sentido, ver LUIS FUX, “*Orçamento Público na jurisprudência do STF: A possibilidade de controle judicial, a autonomia constitucional orçamentária e a problemática do orçamento participativo*”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Juruá Editora, Curitiba, 2016, p. 25/47; GUILHERME JALES SOKAL, “*ADI n. 4.663-MC (Rel. Min. Uiz Fux). LDO, eficácia das normas orçamentárias e separação dos poderes*”, In Luiz Fux (Coord.), *Jurisdição Constitucional: democracia e direitos fundamentais*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 419 e LUIS FELIPE VALERIM PINHEIRO, *Rumo ao orçamento impositivo: a delimitação da ação administrativa pelas leis orçamentárias*, op. cit., p. 413/414. Sobre a temática, RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 338) apresenta críticas às vinculações legais. Segundo o doutrinador, as vinculações engessam o orçamento, uma vez que retiram do gestor, bem como do legislador a competência discricionária para efetuar escolhas sobre quais investimentos e políticas públicas querem concretizar. Ademais, para o autor, as vinculações podem ser consideradas, em certa medida, pouco democráticas. Isso porque transformam em regras superiores escolhas feitas pelos partidos políticos, em certo momento, ao alvedrio das manifestações de cidadanias ocorridas periodicamente e explicitadas principalmente durante os pleitos eleitorais. Por fim, traz para o jogo político o Poder Judiciário, abrindo caminho “ao controle jurisdicional não democrático”, introduzindo um novo participante a essa arena que deve ser desenvolvida entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

⁵⁸⁷ Cf. EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, *O direito dos gastos públicos no Brasil*, op. cit., p. 368. Sobre a temática, ver ainda JAMES GIACOMONI, *Orçamento Público*, op. cit., p. 74/77; SERGIO MENDES, *Administração Financeira e Orçamentária*, op. cit., p.345/350 e ALIOMAR BALEEIRO, *Uma introdução à ciência das finanças*, op. cit., p. 426. Para esse último, as despesas podem ser classificadas em duas espécies: as fixas e as variáveis. As fixas correspondem às despesas relacionadas aos encargos com pessoal, com a dívida pública, decorrentes de leis e de contratos. Possuem obrigatoriedade nas suas execuções. As despesas variáveis, por não serem amparadas por lei, ficariam à disposição do Executivo para as suas ações até os limites previstos.

⁵⁸⁸ Utilizamos o termo vinculação como um gênero de situações que acarretam a rigidez orçamentária, ao estabelecer um elo entre a despesa e a finalidade do gasto, o qual poderá ocorrer, por exemplo, mediante a determinação da obrigatoriedade do crédito. O autor FERNANDO FACURY SCAFF (*Liberdade do legislador orçamentário e não afetação – captura versus garantia dos direitos sociais*, op. cit., p. 149/167) distingue os conceitos de afetação, vinculação e obrigatoriedade. Para o doutrinador, a afetação constitui a finalidade pretendida pelo legislador. Vinculação, por sua vez, corresponde ao elo normativo de ligação da receita a uma finalidade (afetação). Por fim, a obrigatoriedade de gasto, distintamente da vinculação da receita, decorre diretamente da Constituição e/ou da legislação infraconstitucional, independentemente da existência de fonte de recursos para subsidiá-los. Em seu entendimento, são as despesas obrigatórias as responsáveis pela rigidez orçamental, pois quanto maior for o número de previsões de cunho obrigatório, menor será a flexibilidade do administrador no momento de efetuar o planejamento orçamental e disciplinar as prioridades governamentais. Com esse mesmo entendimento, ANDRÉ CASTRO CARVALHO, *Vinculação das receitas públicas*, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 120/122.

específicos no intuito de que essas áreas fossem, de fato, priorizadas. Deixar essas escolhas ao alvedrio do administrador poderia comprometer o atingimento dos propósitos constitucionais definidos pelo Poder Originário. Por essa razão, as receitas vinculadas introduziram regras que não podem ser ignoradas pelo Poder Público, no momento da formação e da execução do seu plano de governo. Trata-se de créditos de natureza obrigatória.

Entre as exceções constitucionais ao princípio da não afetação orçamentária tem-se a obrigatoriedade de repartição do produto de arrecadação de impostos entre os entes da federação⁵⁸⁹; a destinação de recursos para a realização de atividades da administração tributária⁵⁹⁰ e a prestação de garantias às operações de créditos por antecipação de receita pública⁵⁹¹.

No que diz respeito à saúde e à educação, previu-se a aplicação de recursos mínimos em ambas as áreas. O objetivo do Legislador Constituinte ao introduzir foi justamente garantir a autonomia das entidades federadas diante da União, por intermédio de uma adequada e proporcional divisão de receitas.

Em relação à educação, a União aplicará nunca menos do que 18% (dezoito por cento) da sua receita com a manutenção e o desenvolvimento do ensino. Em relação aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios esse percentual sobe para 25% (vinte e cinco por cento)⁵⁹².

De acordo com a Constituição Federal, a responsabilidade pela educação é dividida entre a União, os estados e os municípios, competindo aos entes municipais de forma prioritária o ensino fundamental e a educação infantil. Os estados se responsabilizam pelo ensino fundamental e médio, enquanto a União organiza o sistema federal de ensino, desempenhando um papel redistributivo e supletivo, assim como fica responsável pelo financiamento das instituições de ensino federal⁵⁹³.

Do elenco das despesas que serão contempladas com esses recursos, destaca-se a remuneração dos docentes, a conservação das estruturas físicas das escolas, a aquisição de

⁵⁸⁹ Cf. artigos 157, 158 e 159 da Constituição Federal de 1988.

⁵⁹⁰ Cf. artigo 37, XXII da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional sob nº 42/2003.

⁵⁹¹ Cf. artigo 165, § 8º da Constituição Federal de 1988.

⁵⁹² Cf. artigo 212, caput, da Constituição Federal de 1988. No artigo 60 do Ato das Disposições Transitórias ficou estabelecido que nos primeiros dez anos da promulgação da Constituição, o Poder Público praticaria esforços para aplicar, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dos recursos dispostos no artigo 212, da Constituição Federal, para a finalidade de eliminar o analfabetismo.

⁵⁹³ Cf. artigo 211 da Constituição Federal de 1988.

material didático, bem como a prestação de serviços de transporte e de merenda escolar⁵⁹⁴. Por sua vez, as receitas vinculadas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino não poderão subsidiar programas suplementares de apoio à educação básica como assistência à saúde e de alimentação, tampouco obras de infraestrutura; atividades de pesquisa não adstritas às instituições de ensino e a remuneração de servidores em desvio de função ou em atividade alheia à educação⁵⁹⁵.

Na seara da saúde, também é obrigatória a aplicação mínima de receitas. A União tem a obrigação de investir, em ações e serviços públicos de saúde o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual de atualização nominal do Produto Interno Bruto - PIB⁵⁹⁶.

Para os estados e o Distrito Federal o percentual mínimo de aplicação de receitas é no importe de 12% (doze por cento) da arrecadação de impostos⁵⁹⁷, enquanto os municípios têm a incumbência de executar 15% (quinze por cento) dos seus recursos⁵⁹⁸ em ações e serviços públicos de saúde.

As ações e serviços públicos de saúde englobam todas aquelas voltadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, destinadas ao acesso universal, igualitário e gratuito e que estejam em conformidade aos Planos de Saúde de cada ente da federação. Citam-se, como exemplos, as ações de vigilância em saúde; a capacitação dos profissionais do Sistema Único de Saúde e o desenvolvimento científico e tecnológico no setor⁵⁹⁹. De outro lado, não podem ser incluídas nesse percentual mínimo as despesas atinentes ao pagamento de aposentadorias e pensões, ainda que de profissionais de saúde; a remuneração de servidores ativos que se encontrem lotados em atividades alheias à saúde; com merenda escolar e outros programas de alimentação, mesmo que executados em unidades do Sistema Único de Saúde; com saneamento básico; limpeza urbana e resíduos sólidos⁶⁰⁰.

A não aplicação dos recursos mínimos pode ensejar a intervenção federal nos estados

⁵⁹⁴ Cf. artigo 70 da Lei nº 9.394/1996, também denominada de Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB.

⁵⁹⁵ Cf. artigo 71 da Lei nº 9.394/1996.

⁵⁹⁶ Cf. artigo 5º da Lei Complementar nº 141/2012. Esse estatuto legal foi instituído com o objetivo de dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, conforme determinado no artigo 198, §3º, da Constituição Federal de 1988.

⁵⁹⁷ Cf. artigos 6º e 8º da Lei Complementar nº 141/2012.

⁵⁹⁸ Cf. artigo 7º da Lei Complementar nº 141/2012.

⁵⁹⁹ Cf. artigos 2º e 3º da Lei Complementar nº 141/2012.

⁶⁰⁰ Cf. artigo 4º da Lei Complementar nº 141/2012.

e Distrito Federal e intervenção estadual, em detrimento dos municípios⁶⁰¹. Apesar da preocupação do Legislador Constituinte em respeitar e viabilizar o pacto federativo, seja obrigando a repartição do produto de arrecadação de impostos entre os entes da federação, seja fixando importes financeiros mínimos para áreas específicas, na prática, as coisas não transcorrem nessa direção. Como já mencionado em passagem anterior, no Brasil, são inegáveis as distorções federativas. A distribuição de responsabilidades feita pela União aos estados, ao Distrito Federal e, principalmente aos municípios não é proporcional às receitas a eles transferidas. Ademais, muitos desses entes não têm arrecadação tributária suficiente para arcar com as obrigações que lhes são exigíveis.

Com a descentralização dos serviços públicos, em áreas como saúde e educação, recaiu sobre os entes municipais a maior parte dos deveres constitucionais. Na saúde, por exemplo, os municípios são os responsáveis pelo atendimento das prestações de atenção básica, que englobam múltiplos serviços, como saúde da família, da mulher, da criança e do idoso; tratamentos de hipertensão, diabetes, hanseníase e tuberculose, sem prejuízo de outras demandas de maior complexidade, a depender da gestão municipal de saúde desenvolvida pelo ente⁶⁰². Ocorre que esses serviços correspondem à maioria dos atendimentos realizados na rede pública, o que exige dos municípios investimentos de recursos muito acima do teto mínimo constitucional, promovendo um perverso desequilíbrio fiscal e financeiro entre a União e os demais entes federados⁶⁰³. De outra parte, os gastos da União com a saúde têm

⁶⁰¹ Cf. artigo 34, inciso VII da Constituição Federal de 1988 em relação à intervenção federal sobre os estados e artigo 35, inciso III, da Constituição Federal de 1988, referente à intervenção estadual em desfavor dos municípios.

⁶⁰² Segundo a Norma Operacional da Assistência à Saúde- NOAS nº 01/2001, editada pelo Ministério da Saúde. Esse expediente amplia as responsabilidades dos municípios na atenção básica, define o processo de regionalização da assistência, cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde- SUS e procede a atualização dos critérios de habilitação de estados e municípios. Na introdução do referido expediente normativo, constam apontamentos que refletem a ideia de descentralização das ações de saúde, transformando os municípios nos entes de importância central no sistema. O preâmbulo da referida NOAS destaca que: “O conjunto de estratégias apresentadas nesta Norma Operacional de Assistência à Saúde articular-se em torno do pressuposto de que, no atual momento da implantação do SUS, a ampliação das responsabilidades dos municípios na garantia de acesso aos serviços de atenção básica, a regionalização e a organização funcional do sistema são elementos centrais para o avanço do processo”.

⁶⁰³ Sobre o tema, ÉLIDA GRAZIANE PINTO (*Financiamento dos Direitos à saúde e à educação. Uma Perspectiva Constitucional*, op. cit., p. 233) realizou um interessante estudo para avaliar o pacto federativo e o financiamento dos direitos fundamentais relacionados à saúde e à educação. A autora comparou os gastos realizados pela União, pelo estado de Minas Gerais e pelos municípios com mais de 100 (cem) mil habitantes, no período entre 2003 a 2008, no setor da saúde. Como resultado, concluiu que os dispêndios nos 26 (vinte e seis) municípios com mais de 100 (cem) mil habitantes de Minas Gerais e do próprio estado, quando cruzadas com os dados do mesmo período da União denotam que os entes municipais, em média, gastaram 43,8% (quarenta e três vírgula oito por cento) a mais do que o mínimo constitucionalmente exigido em saúde. Esse fenômeno se deve ao fato de os municípios terem de suprir o decréscimo do gasto federal, além do caráter evasivo do gasto do estado de Minas Gerais nas ações e serviços públicos de saúde.

sido reduzidos, de forma significativa, ao longo dos anos⁶⁰⁴.

Para além dos gastos mínimos com saúde e educação, existem outras despesas de caráter obrigatório. São considerados obrigatórios os gastos destinados aos pagamentos de precatórios judiciais, decorrentes de sentenças transitadas em julgado. Com o advento da Emenda Constitucional sob nº 62/2009 estabeleceu-se que a ordem desses adimplementos passou a ser a seguinte: os créditos alimentares de pessoas idosas e portadoras de doenças graves até o triplo do valor da requisição de pequeno valor, seguidos pelos créditos alimentares e, por último, os créditos ordinários. Por essa razão, os pagamentos de precatórios devem ser inclusos nos orçamentos das entidades, desde que apresentadas até 1º de julho do ano anterior ao exercício financeiro. O pagamento, no entanto, é realizado até o final do exercício vigente, com a devida atualização monetária⁶⁰⁵. No caso de inadimplemento dos precatórios ou de preterição ao direito de precedência dos credores é admissível a intervenção federal nos estados e no Distrito Federal e intervenção estadual, em detrimento dos municípios⁶⁰⁶.

A União fica obrigada, ainda, a entregar o equivalente a 3% (três por cento) do valor arrecadado por ela com o Imposto sobre os Produtos Industrializados - IPI para entidades financeiras de caráter regional, com o objetivo de financiar o setor produtivo das regiões norte, nordeste e centro-oeste. Metade do percentual destinado a essas regiões deve ser repassada ao semiárido nordestino⁶⁰⁷.

A Emenda Constitucional sob nº 031/2000 também criou outra despesa de natureza

⁶⁰⁴ No ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal realizou uma série de audiências públicas para discutir as complexidades em torno das demandas de saúde. Nessa oportunidade, foram ouvidos inúmeros atores com atuação na área, dentre os quais o Ministro da Saúde, Adib Jatene. Em seu pronunciamento, o representante do Governo, à época, informou que a União gastou, em 2009, com saúde o mesmo que gastou em 1985, utilizando-se os índices legais para fins de atualização monetária. O problema é que, nesse ínterim, a população brasileira cresceu, assim como os avanços tecnológicos na saúde. Segundo o Ministro, em 1995, os gastos públicos com a seguridade social (saúde, previdência e assistência social) equivaleram a 22% (vinte e dois por cento) do total de receitas arrecadas. Em 1998, esse percentual caiu para 18% (dezoito por cento) e, em 2009, para 12% (doze por cento). Por fim, destacou que treze estados brasileiros aplicam menos do que o mínimo estabelecido na Constituição Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Adib_Jatene.pdf>. Acesso em: 10.05.2016.

⁶⁰⁵ Cf. artigo 100, §5º da Constituição Federal de 1988.

⁶⁰⁶ Cf. artigo 34, inciso V da Constituição Federal de 1988, em relação à intervenção federal e artigo 35, inciso I, da Constituição Federal de 1988, em relação à intervenção estadual. Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem entendido, na maioria das suas decisões, que nas hipóteses em que não houver descumprimento voluntário e intencional, o pedido de intervenção não pode ser acolhido, sob pena de agravar a precária situação financeira dos entes. Nesse sentido, ver os seguintes julgados: IF-AgR 506, IF-AgR2081, IF-AgR3124, IF-AgR 1018 e IF-AgR 2117.

⁶⁰⁷ Cf. artigo 159, inciso I, alínea c) da Constituição Federal de 1988.

obrigatória. Trata-se do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza - FCEP⁶⁰⁸ que tem como finalidade viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência. Os recursos provenientes da desestatização de sociedades de economia mista ou de empresas públicas controladas pela União serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social que possam melhorar a qualidade de vida da população hipossuficiente financeiramente.

Por fim, a Carta Constitucional de 1988 faculta aos estados e ao Distrito Federal a possibilidade de vinculação de recursos públicos para programas de apoio à inclusão social⁶⁰⁹ e ao Fundo Estadual de Fomento à Cultura⁶¹⁰ até 0,5% (zero vírgula cinco por cento) de suas receitas tributárias líquidas, em cada um dos casos. Do mesmo modo, sem limitar o montante, admite que os estados e o Distrito Federal vinculem parte das suas receitas tributárias líquidas a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica⁶¹¹.

Além das vinculações constitucionais, existem diversas despesas que não passam pelo crivo discricionário do Executivo, sendo, portanto, de natureza obrigatória, por decorrência de expedientes normativos infraconstitucionais. Podem-se citar as despesas com benefícios previdenciários⁶¹²; com prestações continuadas de assistência social⁶¹³ e com o Programa Bolsa-Família⁶¹⁴.

Ademais, são considerados obrigatórios os gastos públicos com pessoal, os quais precisam estar inseridos na Lei Orçamentária Anual. As remunerações e os subsídios dos agentes públicos devem ser fixados em leis específicas⁶¹⁵. As dotações estimadas para o pagamento desses créditos não podem ser anuladas pelos parlamentares, para fins de propositura de emendas⁶¹⁶. De igual forma, não podem sofrer contingenciamento pelo Governo⁶¹⁷.

Tal como ocorre com os demais casos acima indicados, os dispêndios com os

⁶⁰⁸ Cf. artigos 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁶⁰⁹ Cf. artigo 204, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

⁶¹⁰ Cf. artigo 216, §6º da Constituição Federal de 1988.

⁶¹¹ Cf. artigo 218, §5º da Constituição Federal de 1988.

⁶¹² Cf. Lei nº 8.213/1991.

⁶¹³ Cf. Lei nº 8.742/1993.

⁶¹⁴ Cf. Lei nº 10.836/2004.

⁶¹⁵ Cf. artigo 37, inciso X da Constituição Federal de 1988.

⁶¹⁶ Cf. artigo 166, §3º, alínea a) da Constituição Federal de 1988.

⁶¹⁷ Cf. artigo 9º, §2º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

serviços da dívida pública são de cumprimento obrigatório pelo Poder Público e precisam compor o estatuto orçamentário anual⁶¹⁸. As dotações previstas ao adimplemento de juros, encargos e amortização da dívida pública também não podem ser anuladas por força de emendas parlamentares⁶¹⁹, tampouco contingenciadas pela Administração⁶²⁰.

Assim, percebe-se que as despesas obrigatórias são múltiplas e correspondem a gastos de grande monta para o Governo Federal. As análises das peças orçamentárias anuais revelam que a maior parte das despesas públicas provém de vinculações constitucionais e/ou de obrigações legais. Em 2015, 87% (oitenta e sete por cento) da receita líquida do orçamento destinou-se às despesas constitucionais e/ou obrigatórias⁶²¹. No ano de 2010, o percentual gasto com os dispêndios de natureza impositiva foi de 90,03% (noventa, vírgula três por cento)⁶²².

Logo, a rigidez para o manuseio governamental das Leis Orçamentárias Anuais é notável⁶²³. Contudo, o orçamento anual não pode ser considerado como integralmente

⁶¹⁸ Cf. artigo 5º, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁶¹⁹ Cf. artigo 166, §3º, alínea b) da Constituição Federal de 1988.

⁶²⁰ Cf. artigo 9º, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Em tom crítico, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 541/542) ressalta que a pressão imposta pelo Fundo Monetário Internacional - FMI culminou com a impossibilidade de limitação de despesas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, conforme determina o artigo 9º, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ocorre que essa determinação gerou uma incongruência no sistema orçamentário brasileiro. Para o autor, essa estagnação é perniciosa aos entes federados, eis que para beneficiar o adimplemento da dívida, que não pode ser contingenciada, os gastos públicos no âmbito social podem sofrer restrições. Tais situações conferem tratamentos díspares às despesas públicas, além de provocar situações injustas e, em seu entendimento, inconstitucionais, uma vez que promovem uma inversão dos valores constitucionais, comprometendo os objetivos elencados nos artigos 1º e 3º, da Carta Constitucional de 1988.

⁶²¹ Do total de 87% (oitenta e sete por cento) das despesas constitucionais e/ou legais, 42% (quarenta e dois por cento) foram gastas com previdência social, 23% (vinte e três por cento) com as folhas de pagamento dos servidores públicos federais e 22% (vinte e dois por cento) com despesas diversas de cunho impositivo, tais como benefícios de assistência social. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias-gerais/2016/maio/quais-despesas-do-governo-federal-sao-obrigatorias-ou-vinculadas>>. Acesso em 11.02.2017.

⁶²² Cf. RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA (*Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, op. cit., p. 137). Não por acaso, muitos doutrinadores têm afirmado que o orçamento público no Brasil possui caráter impositivo. Nesses termos, ver REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*Deve o orçamento ser cumprido?*). Disponível em <http://www.fiscocoft.com.br/a/2vwq/deve-o-orcamento-ser-cumprido-regis-fernandes-de-oliveira>. Acesso em 08.05.2018 e MAILSON DA NOBREGA, *O orçamento já é impositivo*. Disponível em: <<http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticias/o-orcamento-ja-impositivo.html>>. Acesso em: 11.03.2017.

⁶²³ Nos Estados Unidos, existem despesas obrigatórias e discricionárias. As primeiras decorrem de despesas de programas de duração continuada, denominadas de *mandatory* ou de despesas decorrentes de obrigações previstas nas demais leis do ordenamento, chamadas de *entitlements*. Ambas as despesas precisam ser adimplidas pelo Estado às pessoas que satisfaçam os requisitos legais previstos. De outro lado, as despesas discricionárias, denominadas *discretionary spending*, precisam ser renovadas anualmente, no corpo das leis orçamentárias, para os seus adimplementos pelo Tesouro Americano. Sobre o tema ver, DAVID SUPER, *The political economy of entitlement*, Columbia Law Review, vol. 104, 2004, p. 640/659. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1702&context=fac_pubs>. Acesso em: 14.02.2017. Segundo FERNANDO ANTONIO REZENDE DA SILVA (*Estado de uma nação: textos de apoio*. A

impositivo. Existem créditos, ainda que proporcionais a pouco mais de 10% (dez por cento) do total do orçamento, que correspondem às despesas discricionárias.

Nas hipóteses de créditos discricionários, o Poder Público possui maior liberdade para escolher, na fase de planejamento, o conteúdo do gasto e, ao executar o orçamento, o momento em que a despesa será realizada, assim como a forma da sua operacionalização ou, até mesmo, a sua inexecução.

Os dispêndios de caráter discricionário são concebidos como autorizações de recursos máximos colocados à disposição do Executivo para o desenvolvimento do seu plano governamental, durante o ano fiscal. Isso porque a atividade financeira estatal possui como parâmetros os princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia. Nesse contexto, se os objetivos forem integralmente ou parcialmente atingidos com menos receitas públicas, não é preciso haver o exaurimento das dotações estimadas. Se a Administração entender que existem necessidades sociais mais prioritárias, que precisam ser contempladas em detrimento de outras igualmente planejadas, pode decidir em postergar os prazos para as concretizações de certos gastos ou, até mesmo, optar pelas suas inexecuções, a fim de viabilizar a implementação de dispêndios de maior importância.

No que concerne ao tempo e ao modo de realização dos gastos públicos um parêntese deve ser aberto. Nesses campos, a atuação do Governo contém, em regra, maior liberdade, ainda que se trate de despesas obrigatórias⁶²⁴. Isso porque dificilmente os estatutos orçamentários especificam o momento exato da sua concretização, salvo, por exemplo, nos casos de adimplemento de despesas correntes. Sem um prazo fixo, a ação administrativa tem

reforma orçamentária e a eficiência fiscal, IPEA, Brasília, 2009, p. 12), as despesas discricionárias equivalem, aproximadamente, a 15% (quinze por cento) do orçamento geral americano. Para conter os gastos públicos e as alterações programáticas, o Congresso Americano instituiu a ferramenta conhecida por *pay-as-you-go*. Por seu intermédio, para que sejam concedidos novos benefícios fiscais ou para que sejam instituídas despesas obrigatórias inéditas, é preciso que sejam previstas medidas compensatórias, tais como a redução de despesas obrigatórias ou o aumento da arrecadação tributária. Sobre o tema ver, também, CHRISTOPHER FULLER, *Congressional Pre-Commitment to Curb Discretionary Spending: A proposal to apply executive cos-benefit principles to legislative appropriations in order to discipline discretionary spending*, Seton Hall Legislative Journal, v. 33, number 2, 2009, p. 504/598; JAMES GIACOMONI, *Receitas Vinculadas, Despesas Obrigatórias e Rigidez Orçamentária*, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 349 e ANDRE CASTRO CARVALHO, *Uma Teoria de Direito Constitucional Financeiro e direito orçamentário substantivo no Brasil*, op. cit., p.59/60.

⁶²⁴ Ao tratar da discricionariedade administrativa, JULIANA MAIA DANIEL (*Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas*, In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O Controle judicial de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 96/97) ressalta que a atuação administrativa não se encontra entre polos estanques, de inteira liberdade e rigorosa vinculação ou absoluta liberdade. Concordamos com a doutrinadora quando afirma que o que se verifica, na prática, é uma variação meramente gradual na margem de liberdade conferida ao administrador para a tomada da decisão orçamental.

um ano para implantar determinado crédito disposto no orçamento. De igual forma, a Constituição, as leis orçamentais e os demais expedientes normativos que estabelecem deveres ao Poder Público não costumam avançar, com detalhamento, sobre a forma de realização das obrigações dispostas em seu âmbito. Em geral, a definição do *modus operandi* para o cumprimento das prestações estatais é feita administrativamente, de acordo com as múltiplas variáveis concretas. Questões afetas à morosidade dos procedimentos licitatórios e às concessões de licenciamentos ambientais; ao cumprimento de metas fiscais e à estrutura física e humana disponível costumam interferir no tempo e/ou no modo das concretizações dos créditos orçamentários.

Situação interessante ocorreu no estado da Bahia, em meados dos anos 2000. A Companhia de Desenvolvimento Urbano do estado da Bahia - CONDER, ligada à Secretaria Estadual de Desenvolvimento Urbano apresentou um programa, para fins de regularização dos matadouros públicos dos municípios baianos que funcionavam em condições irregulares de salubridade, o que comprometia a qualidade da carne animal abatida em suas instalações, tornando-a, muitas vezes, imprópria ao consumo humano. Assim, foram propostos e orçados créditos orçamentais para as construções de novos empreendimentos. Contudo, durante o exercício financeiro e já com algumas edificações em curso, o então Centro de Recursos Ambientais-CRA, ligado à Secretaria Estadual de Meio Ambiente, embargou as construções, por ausência de licenças ambientais. De fato, o processo de licenciamento era imprescindível, uma vez que as atividades exercidas nos matadouros eram potencialmente poluidoras. Nessa conformidade, a finalização das obras encabeçadas pela Secretaria Estadual de Desenvolvimento Urbano restou comprometida, diante das interdições administrativas ambientais feitas pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Embora por motivo legítimo, houve significativo atraso no cronograma governamental estabelecido para esse programa orçamentário.

Merece atenção uma prática corriqueira na vida administrativa brasileira. Trata-se das transferências voluntárias, em que recursos de uma unidade da federação são repassados para outra, a fim de que bens e serviços sejam disponibilizados à população com maior eficiência, aproveitando-se da estrutura administrativa local ou regional, mais próxima das necessidades sociais.

Contudo, embora as transferências voluntárias tenham um propósito salutar, é necessário pontuar que, em muitos casos, a flexibilidade orçamental tem sido desvirtuada para

caminhos tortuosos. As distribuições das receitas nem sempre são isonômicas entre os entes da federação. Ademais, essa ferramenta tem sido empregada como instrumento de barganha política. Um verdadeiro trunfo para a conquista da governabilidade, sem, necessariamente, observar o uso racional dos recursos públicos. A falta de transparência e de prestação de contas adequadas por parte dos entes receptores desses recursos e as dificuldades na fiscalização em relação aos gastos públicos dessa natureza também têm contribuído para a prática de atos ineficazes e, em alguns casos, corruptos⁶²⁵.

Do exposto e em caráter conclusivo, pode-se afirmar que as despesas obrigatórias, diferentemente das discricionárias, vinculam em maior grau a atuação estatal. Ao obrigar o Governo a incluir despesas específicas na Lei Orçamentária Anual; a fixar recursos mínimos que devem ser aplicados em determinadas funções orçamentárias ou ao proibi-lo de contingenciar o empenho de certas dotações, o gestor tem a sua liberdade restringida. O agir governamental perde flexibilidade orçamental, no que diz respeito ao conteúdo e ao alcance do crédito orçamentário e, em alguns casos, em relação ao tempo e à forma da sua execução. Cada um desses dispositivos de caráter vinculado expressa comandos de determinação ou proibição capazes, a depender das suas densidades normativas⁶²⁶, de criar direitos e deveres para os cidadãos e para a Administração Pública, respectivamente.

De outro lado, as despesas discricionárias, cujo fundamento legal primário costuma ser extraído da Lei Orçamentária Anual, expressam comandos autorizatórios para a realização de gastos dentro do teto máximo disposto nas dotações a eles correlatas⁶²⁷. As suas

⁶²⁵ Segundo EMERSON CESAR DA SILVA GOMES (*O direito dos gastos públicos no Brasil*, op. cit., p. 387), o Tribunal de Contas da União avaliou a Prestação de Contas do Governo Federal, no exercício financeiro de 2009. Nessa oportunidade, constatou-se um aumento significativo no percentual de prestação de contas pelos entes receptores das transferências voluntárias que deixaram de ser oferecidas. A título de comparação, o autor avaliou a ausência de prestações de contas entre os anos de 2006 e 2009 e constatou que, em 2006, o número de prestação de contas não apresentadas correspondia ao importe de R\$ 2,8 bilhões (dois bilhões e oitocentos milhões de reais). Em 2009, esse quantitativo quase dobrou, subindo para R\$ 4,5 bilhões (quatro bilhões e quinhentos milhões de reais).

⁶²⁶ Ao tratar discricionariedade administrativa, LUIS FELIPE VALERIM PINHEIRO (*Rumo ao Orçamento Impositivo: A delimitação da ação pelas leis orçamentárias*, op. cit., p. 414) diz ser preciso inseri-lo no âmbito da execução orçamentária e delimitar a sua extensão. Para ele, o Plano Plurianual e a Lei Orçamentária Anual trazem pouco conteúdo normativo às ações administrativas, o que não significa dizer que são insignificantes e que não vinculam o comportamento do administrador, em certa medida. Tudo depende da densidade normativa alcançada com a programação orçamentária. Se dotada de mais densidade, maior será a vinculação da conduta administrativa. Se a Lei Orçamentária Anual avançar em relação à legislação permanente para definição, com precisão, das ações administrativas e dos custos que compõem os programas de governo, a liberdade da Administração Pública restará mais restringida. Sobre a temática, ver também REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 329.

⁶²⁷ Para RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA (*Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, op. cit., p. 172), as dotações representam concomitantemente autorizações e proibições. Ao mesmo em que autorizam o Poder Público a empregar um determinado importe de recursos financeiros, de outro,

concretizações dependem, essencialmente, de decisões sobre a distribuição e a afetação dos recursos disponíveis. A criação de direitos subjetivos provenientes de tais créditos, de natureza pecuniária ou não, é muito mais difícil. Esse tema, inclusive, será objeto de maior detalhamento posteriormente.

Assim, observa-se que o estatuto orçamental anual é composto por créditos que contemplam despesas de cunho obrigatório e discricionário, para as quais se estimam determinadas dotações. No entanto, mais do que rotular, abstratamente, o orçamento público como peça impositiva ou meramente autorizativa⁶²⁸, o que interessa à sociedade brasileira é que o Governo atenda às suas demandas sociais e justifique o motivo de eventuais descumprimentos. Em nosso entendimento, ainda que o orçamento se transformasse em peça integralmente impositiva não haveria garantia de que os objetivos constitucionais e legais existentes no ordenamento jurídico fossem integralmente atingidos. Até porque excluir, por completo, a discricionariedade orçamentária não nos parece uma meta de realização factível. A flexibilidade é um elemento inerente à gestão governamental. É impossível antever, com quase um ano de antecedência, toda e qualquer situação possível de ocorrer durante a fase de execução orçamentária. Ademais, ainda que se estabeleçam mecanismos vinculativos menos radicais, como, por exemplo, a aplicação mínima de recursos para setores essenciais, como saúde e educação, isso, por si, não assegura a prestação de serviços públicos com qualidade aos cidadãos. O caminho que separa o orçamento, formalmente posto, da realidade é longo e árduo. Na prática, múltiplos fatores interferem na implementação orçamental. Podem-se disponibilizar recursos que, se mal empregados, não satisfarão as necessidades sociais.

Ao invés de debater, nos termos do tudo ou nada, o caráter impositivo ou autorizativo do orçamento, é imprescindível saber “a quem” e “o que” ele obriga, proíbe ou faculta. É necessário que os planos políticos e jurídicos foquem as suas atenções para o

proíbe a realização de gastos em valores superiores aos estimados, com exceção da necessidade de incidência de eventual reforço de dotações, por meio dos créditos adicionais.

⁶²⁸ Concordamos com EDUARDO MENDONÇA (*Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas*, op. cit., p. 396) ao afirmar que: “Em suma, a ideia de rigidez orçamentária deve ser necessariamente temperada com elementos de flexibilização. Novamente se defende a ideia de que o orçamento não deve ser menos do que as leis em geral, mas também não se deve achar que ele seja elaborado por um superlegislador, que tudo sabe e tudo vê. Ou, o que é ainda mais fantasioso, que tudo antevê. Como qualquer lei, poderá conter dotações com diferentes conteúdos e diferentes níveis de especificidade, do que decorrerão diferentes comandos para o Administrador. A chave aqui é a medida”. Nesse mesmo sentido, CELSO DE BARROS CORREIA NETO (*Orçamento Público: uma visão analítica*, op. cit., p. 50) pontua que a possibilidade de se exigir a efetiva realização das promessas estampadas na lei orçamentária, não passa, necessariamente, por uma alteração da Constituição Federal. Até mesmo porque a modificação do texto constitucional não assegura uma mudança efetiva de sentido e de alcance dos seus dispositivos. Se a prática institucional permanece a mesma, a realidade é pouco ou nada alterada.

cumprimento adequado do ciclo orçamentário, como regra e não como exceção. Se todas as fases forem exercidas com cuidado, se houver transparência e esmerada fiscalização, os objetivos constitucionais serão atendidos, ainda que paulatinamente. E, para tanto, a flexibilidade não deve, nem conseguiria ser extirpada do sistema orçamentário. As reservas iminentes de ponderação, do politicamente adequado e do financeiramente possível existem e precisam ser respeitadas de acordo com os deveres estatais em jogo⁶²⁹. Todavia, precisam ser exercidas pelo Governo de acordo com os parâmetros de legalidade, de legitimidade e de economicidade e em respeito aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da proteção de confiança. A gestão da atividade financeira do Estado não se desenvolve à margem dos domínios jurídico-constitucionais. Não há como posicionar a política e o direito em polos opostos. Eles se comunicam e se relacionam inexoravelmente.

5.3.5 A força vinculante das normas orçamentárias

O Legislativo e o Executivo são os poderes que possuem ascendência natural sobre o processo orçamentário. São os representantes eleitos os responsáveis diretos pelas escolhas políticas fundamentais do Estado que se encontram materializadas nas peças orçamentais. Por outro lado, a atuação política não se desenvolve de forma indistinta, desprovida de limites. A ordem jurídica interfere no plano político. E essa interface ocorre desde o momento em que o ordenamento estabelece mecanismos que garantam o exercício legítimo, livre e democrático da política no espaço público e se estende para domínios ainda mais profundos, ao definir parâmetros capazes de nortear a atuação dos representantes eleitos. O objetivo é impedir que as decisões alocativas revelem-se incoerentes com o sistema, desviantes das finalidades públicas e, até mesmo, deletérias. Afinal, não se admite o abuso do poder, principalmente quando se trata do manuseio do dinheiro público.

Com efeito, os poderes públicos constituídos compõem-se e desenvolvem as suas atividades sob o império da lei e de acordo com uma pauta material de valores⁶³⁰, muitos deles com amparo constitucional de cunho fundamental. Pode-se afirmar, portanto, que o protagonismo dos representantes eleitos nos domínios orçamentários não os exime de controle.

⁶²⁹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 271/282.

⁶³⁰ Cf. RONALD DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge and London, 2011, p. 344/363. Nesse mesmo sentido, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 17/22.

A liberdade de conformação dos agentes políticos não é absoluta. A vinculação do processo orçamental e dos seus participantes à ordem jurídica é uma característica inerente ao Estado de Direito. Nessa conformidade, a Constituição Federal incide diretamente sobre o processo orçamentário ao definir as regras do jogo orçamental, de onde são extraídos as normativas organizacionais, os arranjos institucionais e os seus limites.

De acordo com a arquitetura constitucional pátria, ao Chefe do Poder Executivo recai a atribuição de efetuar a programação orçamental que subsidiará a elaboração dos projetos de leis orçamentárias. Na fase de planeamento, o Governo considera as múltiplas necessidades da sociedade, avalia os indicadores sociais e económicos, define as prioridades e prevê os recursos a serem destinados para o efetivo cumprimento das metas e finalidades seleccionadas. A capilaridade da Administração facilita o desenvolvimento de todo o processo, na medida em que viabiliza o encaminhamento de múltiplas informações, as quais são recepcionadas pelos órgãos públicos, detentores de capacidade técnica e responsáveis pela transformação dos dados obtidos em conhecimento. Frise-se que os trabalhos relacionados à fase de planeamento são desenvolvidos no intuito de se buscar a mais racional e adequada intervenção do Governo à prossecução das suas atribuições constitucionais e legais. O Poder Público precisa encontrar meios de compatibilizar as diversas tarefas de sua competência com a situação de escassez moderada de recursos vivenciada no país.

De outro giro, embora elaboradas pelo Poder Executivo, as leis orçamentárias são condicionadas à deliberação e à aprovação do Parlamento. A participação legislativa é importante, pois permite o controle do poder político. Ademais, o Congresso Nacional constitui a sede adequada para as realizações de debates em torno de matérias essenciais ao destino da nação, tais como as questões afetas ao orçamento público. A composição plural da Casa Legislativa possibilita a participação de variados segmentos sociais, inclusive de grupos minoritários, detentores de interesses e ideologias díspares, promovendo, ao menos em tese, avaliações dialéticas mais profícuas e, por conseguinte, de elevado grau de legitimação.

Assim, as fases de planeamento e de deliberação resultam na seleção da pauta das prioridades governamentais no âmbito orçamentário. São etapas importantes para o êxito do processo que corresponde a uma construção plural e transparente, que conta com o engajamento de ambos os Poderes da República. Em seguida, após aprovação parlamentar e sanção presidencial, os estatutos orçamentários, passam a enunciar, com força normativa, as possibilidades financeiras do Estado e as escolhas políticas realizadas nesses domínios. E não

há porque pensar o inverso. A flexibilidade orçamental não pode ser concebida como um cheque em branco conferido ao administrador. As decisões financeiras do Estado encontram-se subordinadas à Constituição Federal, como também aos regramentos orçamentais dela decorrentes. De modo que as destinações dadas ao erário pelo Executivo representam decisões orçamentárias, sujeitas, não apenas a consequências políticas, como também jurídicas.

Nessa interseção entre os planos político e jurídico, os legisladores, constituinte e ordinário, podem conceder parâmetros mais específicos de atuação governamental, restringindo a atuação do gestor, ou limitar-se a definir os objetivos e as prioridades com maior abertura estrutural, repassando à Administração, a discricionariedade de escolher os meios, o alcance, o tempo e a forma mais adequados para a implementação dos comandos legais. Nessas hipóteses, é conferida ao Executivo uma margem maior de liberdade.

Pode-se afirmar, portanto, que os regramentos orçamentais integram múltiplos dispositivos dotados de conteúdos diversos, compostos por previsões autorizativas, mas também por disposições que correspondem a vedações e a determinações em face da Administração Pública. Logo, ainda que sob uma conjuntura global o orçamento do Estado seja visto como o produto de um processo em que o Legislativo autoriza o Executivo a realizar as suas despesas, a lei orçamental é composta por inúmeras disposições, algumas de natureza discricionária e outras de cunho imperativo.

Do quanto exposto até o momento, percebe-se que o sistema jurídico-constitucional norteia a ação do administrador ao estabelecer as regras do jogo orçamental e, no mérito, ao definir as opções que lhe são vedadas, as que lhe são possíveis e, em certos casos, as ações estatais que necessitam de efetivo cumprimento⁶³¹. Logo, o grau da discricionariedade administrativa é conferido pelo legislador e as prioridades por ele disciplinadas não podem ser simplesmente desconsideradas pelo gestor. A execução orçamentária deve ser operacionalizada por meio de ações governamentais que não podem desatender, de forma abusiva e desmotivada, os parâmetros descritos na Constituição, na legislação infraconstitucional e no próprio planejamento.

No que diz respeito aos atos em torno dos gastos públicos há imperatividade para que a Administração concretize os créditos de natureza obrigatória, ainda que, em alguns casos, possua certa margem de liberdade em relação ao tempo e à forma de sua execução. De

⁶³¹ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros Ed., São Paulo, 2008, p. 579/588.

igual forma, as vedações constitucionais e legais impostas precisam ser observadas. Ao realizar dispêndios, por exemplo, o Executivo tem que respeitar os limites máximos descritos nas dotações orçamentárias. Caso as dotações não sejam suficientes, recai ao gestor a obrigação de constituir um procedimento formal para a abertura de créditos suplementares. Por outro lado, se inexistirem dotações que amparem determinadas despesas, a legalidade orçamentária exige a abertura de créditos especiais, salvo nas hipóteses de urgência e imprevisibilidade, em que é permitida a decretação de créditos extraordinários, por meio de medidas provisórias. Certo é que, com exceção dessa última modalidade de crédito adicional, a realização de novas despesas e o remanejamento de recursos públicos já previstos no orçamento depende, necessariamente, da participação do Parlamento, ainda que mediante autorizações legislativas contidas previamente, no âmbito da Lei Orçamentária Anual.

A situação é mais complexa em relação aos créditos discricionários. As suas meras previsões não garantem as suas concretizações. O Executivo possui maior liberdade para, durante a etapa da execução orçamentária, escolher o momento em que a despesa será realizada, a forma da sua operacionalização e, até mesmo a sua inexecução. Na prática, a possibilidade de efetivar ou não um gasto dessa natureza dependerá das circunstâncias concretas, dos fatores econômicos e sociais, bem como das contingências políticas e encontra-se no âmbito de discricionariedade atribuído pelo legislador ao gestor. Há a possibilidade de a Administração reter as verbas inicialmente previstas para o atendimento de finalidades aprovadas pelo Parlamento. São os chamados contingenciamentos orçamentários.

Contudo, apesar de a ordem jurídico-constitucional não esmiuçar expressamente o procedimento formal de contingenciamento, a decisão governamental de não gastar não pode ser vista como uma mera liberalidade do Poder Público⁶³². Se o sistema não admite a criação de novas despesas, tampouco permite a transferência de recursos sem autorização legislativa, como aceitar a retenção de recursos públicos, sem qualquer formalidade? A inexecução orçamentária não deixa de ser uma decisão político-financeira que pode ou não ser justificável. Por essa razão, deve receber tratamento jurídico constitucional coadunável a essa condição⁶³³.

No campo da concretização orçamentária nacional é inegável o número de alterações feitas ao longo do exercício financeiro pelo Poder Executivo. E os motivos são diversos, como

⁶³² Deve-se observar o artigo 9º, §2º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁶³³ Cf. EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA, *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil. Devido Processo Orçamentário e Democracia*, op. cit., p. 83/84. Para o doutrinador, qualquer destinação conferida aos recursos públicos, ainda que provenientes da decisão de não gastar, configura uma decisão orçamentária.

visto⁶³⁴. Fato é que ao optar por não cumprir o que fora planejado, o Poder Executivo modifica o caminho traçado tanto por ele na fase de planejamento, como pelo Parlamento, na etapa legislativa. E, ao alterar essas deliberações, o gestor precisa explicar, em detalhes, os motivos que o impediram de concretizar um gasto já submetido a criteriosos filtros e que foi, na fase inicial do ciclo orçamentário, considerado como relevante, a ponto de ter força para preterir os demais interesses concorrentes.

A problemática em torno da inércia do Governo frente aos créditos orçamentais discricionários, portanto, perpassa diretamente sobre o princípio da separação dos poderes e sobre os ideais democráticos de participação política. Ao desconsiderar as decisões legislativas materializadas nos estatutos orçamentários, a Administração Pública desatende aos interesses plurais que estão representados nas escolhas feitas pelo Parlamento, em prol das suas próprias conveniências políticas. Não por acaso, para assim proceder, precisa ter bons motivos, para que não comprometa o equilíbrio entre os Poderes da República. A democracia não se satisfaz com a existência apenas e tão somente de instâncias formais de representação. É preciso que o compromisso com a democracia seja real, ou seja, verdadeiramente efetivo.

Com isso não se está a falar que o orçamento deva se transformar em uma peça integralmente impositiva e que eventuais contingenciamentos não sejam pertinentes, a depender da situação concreta. Mudanças de rumo muitas vezes são necessárias e a Administração Pública precisa dispor de uma margem de manobra no curso do gerenciamento financeiro estatal. Não há um direito subjetivo ao gasto público, sempre e em qualquer circunstância, apenas pelo fato de os créditos terem sido contemplados no bojo do orçamento.

O que aqui se sustenta é que o produto das deliberações legislativas sedimentadas no orçamento, na condição de créditos discricionários, seja considerado como um dever *prima facie* imposto ao Poder Executivo⁶³⁵. Nesse sentido, pode-se afirmar que há uma força

⁶³⁴ Cf. item 5.3.2.

⁶³⁵ Com esse mesmo entendimento, ver LUIZ FUX, “Orçamento Público na jurisprudência do STF: A possibilidade de Controle Judicial, a Autonomia Constitucional Orçamentária e a problemática do orçamento participativo”, In Marcus Livio Gomes, Marcus Abraham E Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 45; LUIS FELIPE VALERIM PINHEIRO, *Rumo ao orçamento positivo*, op. cit., p. 413/421; REGIS DE OLIVEIRA FERNANDES, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 318/324; FRANCISCO HÉLIO SOUSA, *O caráter impositivo da lei orçamentária anual e seus efeitos no Sistema do Planejamento Orçamentário*, ESAF, Brasília, 2008, p. 41/42; MARCUS LÍVIO GOMES, VICTOR BENIGNO PORTO e ABHNER YOSSIF MOTA ARABI, “A influência da decisão das ADI’s 3.457 e 4.425 na correção monetária dos débitos da Fazenda Pública: A aplicação do art.1º-F da Lei 9.494/99 e o tema 810 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal”, In Marcus Livio Gomes, Marcus Abraham E Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 318/322; ÉLIDA GRAZIANE PINTO, *Contingenciamento de*

vinculante extraída das leis orçamentárias que faz com que, como regra geral, a Administração tenha a obrigação de acatar o que ali fora previsto, ressalvada a hipótese de concreta impossibilidade, a qual deverá ser por ela detalhadamente motivada. Por tudo isso, as decisões orçamentais, ainda que representadas pelas inações governamentais, devem se revelar como escolhas razoáveis diante das alternativas possíveis e precisam destinar-se ao atendimento das finalidades públicas. Enfim, o que se advoga é que os gestores levem o orçamento público mais a sério. A discricionariedade orçamental não pode justificar manobras que acarretem o esvaziamento da força normativa dos estatutos orçamentais, sem a devida fundamentação jurídico-constitucional.

Entendimento diverso transforma o orçamento público em um documento simbólico, de cunho eminentemente contábil. Uma espécie de promessa vazia e meramente dilatória. Em nosso entender, não se pode aceitar como normal e constitucionalmente adequado que as deliberações parlamentares orçamentais sejam sumariamente ignoradas pela Administração, de maneira corriqueira e imotivada. A baixa aderência dos gestores à peça orçamental constitui um dos maiores problemas no curso da execução orçamentária brasileira.

Destaca-se que o custo operacional da descontinuidade do planejamento administrativo é alto. A desmobilização de recursos humanos e materiais empregados na etapa de elaboração do orçamento acarretam prejuízos ao Poder Público e, em última *ratio*, à comunidade. Ademais, geram descrédito em relação ao papel do Executivo e do Legislativo no processo orçamentário. A lei orçamental - produto da conjugação de esforços do Executivo e do Legislativo - deve, *a priori*, vincular a atuação governamental, na etapa executiva. As decisões de não gastar do Governo somente podem ocorrer mediante justificação jurídico-constitucional, devidamente publicizada.

O dever de motivar reforça a legitimidade do representante, pois possibilita que o representado compreenda que determinado gasto deixou de ser concretizado para o atendimento de um objetivo que se demonstrou mais relevante do que a finalidade

despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária, op. cit., p. 77/94 e MAURÍCIO BARROS, *Orçamento e discricionariedade*, op. cit., p. 1002/1005. Para esse doutrinador, o ato de contingenciar uma determinada despesa prevista na lei orçamental não está, *a priori*, dentro da esfera da discricionariedade administrativa. O contingenciamento deve ser considerado como a exceção e o cumprimento do planejamento como a regra. Somente em hipóteses excepcionais é permitido ao gestor desviar-se das finalidades devidamente descritas no corpo dos estatutos orçamentais. Outro não é o entendimento de EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA, *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil. Devido Processo Orçamentário e Democracia*, op. cit., p. 82, 221 e 391/393. Para o autor o resultado da deliberação orçamentária realizada pelo Parlamento deve ser vinculante *a priori*, sem prejuízo da necessidade de que haja mecanismos de flexibilização por parte da Administração Pública.

inicialmente prevista e não atendida. Trata-se, portanto, de uma ferramenta importante para o processo de *accountability*, pois permite verificar se a condução governamental está ou não em conformidade ao ordenamento jurídico. Ao exteriorizar, de forma clara, os fundamentos lógicos que embasaram as escolhas executivas, os administradores estão repassando aos administrados informações consistentes sobre o tratamento conferido pelo Estado ao erário público⁶³⁶. Em verdade, o dever de motivar nada mais é do que uma decorrência inexorável do Estado de Direito, uma vez que os gestores não atuam em nome próprio e em prol dos seus interesses particulares.

Em paralelo, ao justificar publicamente cada uma das suas escolhas, o Executivo assume as suas opções alocativas e o ônus político decorrente das suas decisões financeiras. Quando é exigida da Administração uma explicação mais pormenorizada sobre os gastos públicos que foram realizados ou deixaram de ser implementados, tornam-se claras à população as necessidades sociais que efetivamente restaram ou não priorizadas e quem foram os sujeitos contemplados ou preteridos. A transparência inibe a proliferação de discursos demagógicos tão frequentes no cenário nacional. Trata-se de uma providência que reforça enormemente o controle político e social do orçamento público.

A vinculação, ainda que *prima facie*, das normas orçamentárias, atrelada ao dever da Administração de motivar as suas opções governamentais constitui o caminho político e juridicamente adequado para que a gestão financeira estatal seja exercida com consistência e credibilidade. Afinal, as decisões no campo orçamentário impactam a vida de todos os cidadãos, para além dos funcionários do Estado e dos beneficiários diretos dos serviços públicos. Como exemplo, imaginemos a seguinte situação: Com o objetivo de promover a indústria nacional, de gerar emprego e renda e de fomentar a economia, a União prevê, no seu estatuto orçamentário anual, disposições, de natureza discricionária, que contemplam a criação de um parque industrial em determinado município. Diante dessa possibilidade, o mercado imobiliário decide se antecipar às políticas públicas e passa a promover vultosos investimentos na localidade. Contudo, durante o exercício financeiro, a União decide não concretizar os créditos orçamentários. Ainda que, em nosso entender, os empresários não tenham, em princípio, um direito subjetivo para fazer valer o cumprimento dos dispositivos orçamentais pelo Governo Federal, nos parece razoável que as suas expectativas frustradas

⁶³⁶ O artigo 93 do Decreto-Lei nº 200/1967 disciplina que qualquer pessoa que utilize dinheiro público tem o dever de justificar o seu uso regular, em conformidade aos ditames legais e administrativos vigentes.

sejam, ao menos, supridas por meio de uma motivação idônea e suficientemente capaz de revelar, com clareza, as razões que fundamentaram o contingenciamento.

É claro que a força vinculante das normas orçamentárias depende, em grande medida, do grau de especificidade dos seus dispositivos. É muito comum encontrar nos estatutos orçamentários ações e metas absolutamente genéricas. São as denominadas ações do tipo “guarda-chuvas”. Todavia, ainda que contenham disposições de conteúdo aberto, todos os expedientes precisam ser minimamente factíveis. Caso contrário, os comandos financeiros, de extrema importância à concretização da Constituição, deixam de ter qualquer utilidade e força normativa.

A regra da especificação orçamental é essencial e decorre do princípio da legalidade orçamentária. A ausência de clareza e de transparência dos dispositivos constitui um retrocesso democrático, na medida em que nos leva ao mundo das promessas demagógicas e inexecutáveis, nos distancia das realizações possíveis e necessárias e nos impede de controlar a Administração, dando azo a práticas ineficientes e arbitrárias.

Desse modo, o orçamento público não pode ser analisado como um fim em si mesmo. Ele atende a uma dupla função prescritiva: de meio e de metas. O instituto deve ser concebido como um importante instrumento de gestão, mas direcionado à concretização das finalidades constitucionais, cujas metas e prioridades devem estar individualizadas em seu bojo, por meio das programações orçamentárias⁶³⁷. O que legitima o Estado é justamente a sua importância instrumental. Sem conferir aos recursos públicos destinações constitucionalmente adequadas, os pilares estatais estruturais perdem significância. Nessa conformidade, a escolha do Estado de gastar ou de não gastar deve manter esse foco: o interesse público. Não há espaços para condutas estatais sem efetividade, com desvios de finalidades e/ou eivadas de improbidade. Desse modo, *a priori*, as normas orçamentárias vinculam as decisões político-financeiras do Estado. A impossibilidade de seus cumprimentos demanda uma justificativa

⁶³⁷ Cf. CELSO DE BARROS CORREIA NETO, *Orçamento Público: uma visão analítica*, op. cit., p. 32/33. O autor explicita que todos os níveis do processo de posituação do gasto público envolvem considerações atinentes a recursos e aos fins a que devem ser destinados, com graus de determinação variáveis, através de meios e metas. Se o planejamento em exame puder ser efetivado sem determinada despesa ou sem que a despesa atinja a integralidade do montante previsto, então não se faz necessária a concretização do gasto. No entanto, o dispêndio público, obviamente, não pode se afastar da meta prevista, sob pena de se cometer desvio de finalidade e de se ensejar responsabilização funcional. As dotações orçamentárias devem ser concebidas como limites máximos dos gastos que podem ser realizados pelo Estado para o atingimento de determinadas finalidades. Não há a obrigação de sua integral realização, desde que o objetivo a que se destina seja alcançado. A realização do programa é obrigatória. O gasto não. O gasto público pode ser necessário ou não para que se realize o programa positivado, mas não será, em si mesmo, posto em termos obrigatórios na lei orçamentária.

constitucionalmente adequada. Nesse sentido, o dever da Administração em motivar tanto as ações, como as omissões governamentais, no curso da execução orçamentária, lança nova luz a essa crucial etapa do ciclo orçamental. Trata-se de um contributo absolutamente harmônico ao sistema orçamentário previsto na Carta Constitucional. Uma ferramenta a serviço das funções de contenção e de punição dos abusos administrativos, com alta capacidade para diferenciar a conduta discricionária da conduta arbitrária⁶³⁸.

5.4 O exercício arbitrário da discricionariedade orçamental

Como tem sido reiteradamente mencionado nessa investigação, o orçamento público constitui uma norma jurídica que contempla objetivos, metas e prioridades, bem como disciplina os meios para que tais finalidades possam ser alcançadas. Independentemente de tratar-se de despesa obrigatória ou discricionária, todo gasto público possui um caráter teleológico inafastável, uma vez que deve, ao final, atrelar-se aos fins delimitados no ordenamento constitucional e no próprio estatuto orçamentário.

Significa dizer que, apesar da questão orçamentária envolver uma notória margem de flexibilidade, o ato de executar dispêndios públicos não se encontra ao livre arbítrio do gestor que o administra. Ainda que recaia sobre ele certa liberdade para escolher “quando”, “como” e, em certas hipóteses, “quanto” e “em que” aplicar o erário arrecadado, as suas escolhas precisam dirigir-se a propósitos norteados pelo interesse público. O gasto público possui, portanto, uma limitação finalística ou qualitativa⁶³⁹, da qual não pode ignorar. Parafraseando

⁶³⁸ Sobre o tema, THOMAZ R. FERNANDEZ (*De la arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 82) afirma que: “la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que lo sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, em um Estado de Derecho em el que no hat margen, por principio, para el poder puramente personal”.

⁶³⁹ Cf. EMERSON GOMES, *O direito dos gastos públicos no Brasil*, op. cit., p. 230/231. Ao analisar a evolução dos sistemas orçamentários, NAZARÉ DA COSTA CABRAL (*Programação e Decisão Orçamental. Da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade econômica*, op. cit., p. 629) aponta como característica essencial do sistema financeiro contemporâneo a credibilidade da peça orçamental para o atingimento da sua dimensão ética e normativa. Nesse sentido, destaca que a política orçamental para ser credível não pode ser absolutamente discricionária. Ao contrário. Deve ser fortemente vinculada e limitada por regras prévias e objetivas que sejam de conhecimento geral. Não basta parecê-lo credível, é preciso sê-lo. A peça orçamental não pode contemplar escolhas aberrantes do administrador. Tem que ter alinhamento com o planejamento e com a racionalidade, deve ser coordenada e estável. Para EDUARDO MENDONÇA (*Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas*, op. cit., p. 400), a medida da discricionariedade é dada pelo legislador. No âmbito do orçamento, isso significa que os créditos poderão ser detalhados, restringindo a atuação do administrador, como também poderão ser genéricos, deslocando boa parte da competência decisória para o momento da execução. A ressalva que o doutrinador faz é no sentido de que as disposições orçamentais não poderão ser genéricas demais, a ponto de comportar quaisquer despesas desconexas aos fins legítimos estatais, expressos na ordem jurídica.

Eros Roberto Grau, que fala que “não se interpreta a Constituição aos pedaços, em tiras⁶⁴⁰”, entendemos ser possível afirmar, de igual forma, que não se pode analisar o orçamento em tiras, aos pedaços. O orçamento deve seguir uma lógica sistêmica. Um instrumento dotado de unidade e coerência a serviço da Constituição Federal. Uma ferramenta que deve ser útil ao atingimento dos seus objetivos finalísticos.

Suponhamos que o administrador, sob o pretexto de atender à determinação constitucional de aplicação mínima de recursos em saúde e ao programa orçamentário de ampliação da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde - SUS, efetue gastos públicos, no percentual mínimo fixado, para a construção de um hospital, no âmago da floresta amazônica, em local de difícil acesso e sem concentração de pessoas. Enquanto isso, zoneamentos urbanos, superpopulosos e carentes, não receberam, durante o exercício financeiro, repasses suficientes para a promoção de serviços de saúde. Pode-se dizer que, em princípio, os gastos atenderam às determinações constitucionais e orçamentárias? Em tese, a resposta deve ser positiva. Os gastos almejavam ampliar os serviços de saúde. De igual forma, cumpriu-se com os investimentos mínimos determinados pelo Legislador Constituinte. Contudo, é preciso avaliar a problemática com mais depuro. Em que pese realizados em conformidade aos ditames legais, os gastos não atenderam às demandas sociais prementes de saúde pública. Em realidade, a construção de um hospital, nessas condições, transformou-se em um dispêndio materialmente vazio, imotivado, desconectado às reais necessidades da população, e, por isso, abusivo.

É importante que os gastos públicos sejam aptos a produzir resultados que correspondam aos verdadeiros anseios da sociedade, ainda que não haja condições de se oferecer tudo a todos. Certo é que tais despesas devem ser justificáveis aos olhos da sociedade. No exemplo acima, como explicar para as pessoas, usuárias do sistema público de saúde, de que os recursos delas arrecadados foram empregados para a construção de um hospital, no meio da floresta amazônica, em local de difícil acesso, enquanto elas não conseguem vagas hospitalares nas cidades em que residem? A discricionariedade estatal não pode ser exercida de forma arbitrária. Por mais que a edificação do estabelecimento hospitalar atenda, formalmente, ao objetivo de ampliação da rede pública de saúde, genericamente descrito na Lei Orçamentária, o gasto público não se perfaz justificável, uma vez que incapaz de promover o direito fundamental à saúde dos cidadãos.

⁶⁴⁰ Cf. EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 166.

É preciso, ainda, que haja respeito entre as instituições. O orçamento é um processo complexo e multidisciplinar, que não se limita à intervenção executiva. O Congresso Nacional também se debruça sobre o projeto de lei orçamental do Governo, faz alterações e o aprova, ao final. Logo, o processo legislativo e o seu resultado normativo não podem ser desprezados pelo Poder Executivo, desde que, evidentemente, a atuação parlamentar não seja desenvolvida de maneira arbitrária. O exercício da função legislativa também precisa coadunar-se com os objetivos constitucionais almejados pelo Estado e pela sociedade. A limitação teleológica em relação aos gastos públicos é imposta a todos os Poderes da República.

Situação merecedora de atenção foi vivenciada no país, no estado da Paraíba. A Assembleia Legislativa paraibana aprovou a Lei Estadual nº 8.736/2009, com o objetivo de instituir o programa denominado “Acelera Paraíba”. Por meio dessa lei, os contribuintes poderiam compensar os valores pagos relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, destinando-os a incentivar “pilotos de automobilismo nascidos e vinculados ao Estado da Paraíba”. Embora não se tratasse do orçamento propriamente dito, o referido diploma legal impactava diretamente na peça orçamental, pois produzia reflexos na arrecadação tributária. Ocorre que a Lei Estadual nº 8.736/2009, criada sob o pretexto de incentivar o esporte, promovia, em realidade, um benefício individual disfarçado, uma vez que somente uma pessoa encaixava-se nesse perfil (piloto de automobilismo nascido e vinculado ao estado paraibano) e, portanto, poderia ser beneficiada com o programa estabelecido. Tratava-se, na verdade, de um “patrocínio fiscal”, na medida em que se admitiu o direcionamento de até R\$ 1 milhão (um milhão de reais) arrecadado com o ICMS para custear a atividade esportiva de uma única pessoa, em absoluta dissonância ao interesse público, às finalidades constitucionais e aos princípios que regem a Administração Pública, tais como os princípios da moralidade e da impessoalidade. Por essa razão, a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.736/2009 foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.259, perante o Supremo Tribunal Federal. Em sede liminar, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski suspendeu os efeitos da lei até decisão final da Corte, sob o argumento de violação ao princípio da impessoalidade e ao princípio da não afetação dos impostos, nos termos do artigo 37, caput e do artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

Para o correto controle do orçamento é crucial que os programas traçados nos créditos orçamentais não sejam demasiadamente genéricos, com indeterminações legais muito

elevadas⁶⁴¹.

Para fiscalizar se as escolhas alocativas foram feitas sem desvio de finalidade é preciso que as decisões administrativas sejam devidamente motivadas e publicizadas. As decisões orçamentárias constituem escolhas políticas da maior imprescindibilidade em um Estado Democrático de Direito. Somente com a avaliação das justificativas em relação às múltiplas programações e às situações concretas, inclusive de ordem financeira, será constatado se a tomada de decisão foi racionalmente criteriosa em direção aos objetivos traçados⁶⁴². Sem externar as suas razões, como saber se o administrador agiu mal ou agiu bem?

⁶⁴¹ Ao analisar os elementos de persuasão da população, o psicólogo americano DAVID G. MEYERS (*Psicologia Social*, op. cit., p. 192/193) apresenta a simples indagação: “o que torna um comunicador mais persuasivo do que o outro? E responde, em seguida, que fatores ligados à soma entre credibilidade e argumentos convincentes têm alto impacto nesse processo de aceitação pelos seres-humanos. Trazendo o debate para a esfera orçamentária, ANTONIO L. DE SOUSA FRANCO (*Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2002, p. 353) afirma que cada receita e despesa deve ser individualizada suficientemente. Sem tal atendimento, os objetivos do próprio orçamento seriam lesados, por ausência de clareza. Ao analisar a vinculação promovida pelos planos orçamentários e a sua relação com a regra orçamental da especificação, LUIS SOLANO CABRAL DE MONCADA (*Problemática jurídica do planeamento econômico*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 199) ressalta que os conteúdos das peças orçamentais consistem principalmente na prescrição de comportamento com sinal positivo, tais como fazer, investir, subsidiar, dentre outros. São essas deliberações que vão vincular o agente administrativo e o juiz. Para REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 316/321), o orçamento público não pode conter previsões irreais ou fúteis, apenas para se desvencilhar das determinações constitucionais. Afinal, a peça orçamental tem que ser real. Com o mesmo entendimento, ver KIYOSHI HARADA, *Direito Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 88.

⁶⁴² Cf. RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, op. cit., p. 198. O autor ressalta que em caso de necessidade de contingenciamento, as unidades orçamentárias devem selecionar os programas a serem privilegiados, em razão das circunstâncias concretas, a fim de que as decisões garantam o maior nível possível de exequibilidade, diante das restrições fiscais que se fizerem necessárias. Sobre a temática, ver, ainda, EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA, *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil. Devido Processo Orçamentário e Democracia*, op. cit., p. 79/88. Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos, a atuação do Executivo encontra maior controle por parte do Legislativo. É necessário que o Presidente da República informe, formalmente, ao Congresso americano sempre que pretender postergar despesas, não realizar dispêndios devidamente previstos e cancelar autorizações orçamentárias disponibilizadas pelo Legislativo. Portanto, existem regras que limitam o poder do Governo. Merece destaque os institutos denominados *deferral* e *rescission*. O *deferral* contempla o procedimento a ser adotado pelo Chefe do Executivo nas hipóteses de suspensão no cumprimento das obrigações orçamentárias. O Presidente da República deve encaminhar ao Congresso uma proposta que contém a(s) despesa(s) a ser contingenciada, a qual, se não for expressamente rechaçada pelos legisladores, será considerada aprovada. De outro lado, o *rescission* constitui a ferramenta legal para viabilizar o efetivo cancelamento de um determinado crédito orçamentário. Nesse caso, o Congresso deve aprovar, de maneira explícita, a sua prática. A não aprovação não torna admissível o cancelamento da despesa pelo Poder Público. De qualquer forma, seja no caso de suspensão, seja no de cancelamento, o Executivo não pode decidir, unilateralmente, o que fazer. A sua flexibilidade é menor do que a existente no Brasil. Segundo o Título X: “Impoundment Control and the Line Item Veto: “A rescission is a proposal contained in a special message from the President canceling, in whole or in part, previously appropriated budget authority. The funds must, however, be obligated if the Congress does not approve the rescission within 45 days of receipt of the President's special message. If a President feels that funds should not be made available for general or fiscal policy reason, a rescission is the appropriate vehicle. Funds made available by use of the procedures in title X of the Budget Act may not be proposed for rescission again. The Budget Act (in section 1017) provides expedited procedures for considering a rescission bill which approves some or all of the rescissions contained in the President's special message. (...) A deferral is a proposal contained in a special message from the President temporarily withholding or delayng the obligation or expenditure of

Como verificar se o contingenciamento corresponde a uma medida necessária para, por exemplo, o atingimento de metas fiscais ou se trata de uma manobra de esvaziamento da força normativa orçamentária? Por que razão os créditos contingenciados referem-se à determinada função orçamentária e não a outra? Por que as concessões de benefícios fiscais ocorrem em prol de certos segmentos econômicos e não em relação a outros? O que se pretende atingir e quem será, em concreto, beneficiado?

Esses sucintos questionamentos demonstram o quanto é essencial ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito a exposição de informações, detalhadas e claras, que justifiquem os comandos alocativos, sejam eles comissivos ou omissivos. É fundamental fiscalizar se as decisões são razoáveis e se estão de acordo com os programas orçamentários ou se pretendem, primariamente, atender aos interesses de grupos econômicos ou de segmentos sociais organizados, com efeitos meramente marginais ao atendimento das necessidades sociais⁶⁴³.

Para tanto, precisa-se fortalecer os instrumentos de *accountability*. As prestações de contas não devem se restringir a uma análise meramente contábil dos gastos públicos. A “caixa preta” relativa à atividade financeira do Estado deve ser aberta. É preciso revelar os meandros da realidade gerencial da Administração Pública. E isso somente será alcançado no momento em que as prestações de contas indicarem as razões que levaram o Poder Público a

budget authority. A deferral may not extend beyond the end of the fiscal year in which the special message is transmitted. The Act provides that the deferrals are not to be used to alter policy decisions regarding spending made by the Congress. If the President wishes to alter spending policy, the appropriate action is to propose a rescission rather than repeatedly defer the spending of those funds. In order to overturn a deferral, Congress must pass and the President must sign legislation specifically rejecting the President's deferral”. Maior detalhamento ver: *The Congressional Budget Process. An explanation. Committee on the Budget United States Senate*, U.S. Government Printing Office, Washington, 1998, p. 22/23. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CPRT-105SPRT52186/pdf/CPRT-105SPRT52186.pdf>>. Acesso em: 20.08.2016. No término de cada ano fiscal, o Presidente da República envia ao Legislativo um relatório sobre o desempenho de cada uma das programações orçamentárias, contendo as devidas justificativas para o não atingimento das metas previstas. Ademais, o Congresso americano pode solicitar ao Chefe do Executivo, no exercício da execução orçamentária, explicações sobre os desdobramentos das atividades financeiras desenvolvidas. Sobre o tema, ver ALLEN SCHICK, *The federal budget – Politics, policy, process*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000, 247/252; RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, op. cit., p. 46/58; EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA, *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil. Devido Processo Orçamentário e Democracia*, op. cit., p.353/372 e ANDRE CASTRO DE CARVALHO, *Uma teoria de direito constitucional financeiro e direito orçamentário substantivo no Brasil*, op. cit., p. 41/79.

⁶⁴³ Em crítica à política orçamental e fiscal do Estado brasileiro, o sociólogo JESSE SOUZA (*A elite do atraso*, op. cit., p. 164) pontua que o orçamento estatal é subsidiado, em grande medida, pela classe média e pelos pobres. Os serviços públicos que a eles beneficiam deixam de ser concretizados para promover, com recursos públicos, a sustentabilidade econômica de grupos e empresas privadas. Ao assim proceder, o Governo deixa de arrecadar dos ricos o que deveriam adimplir, como qualquer outro cidadão, de acordo com as suas reais capacidades contributivas.

desatender, total ou parcialmente, aos programas previstos na peça orçamental. Sem essas informações, o controle não pode ser feito a contento⁶⁴⁴. A própria fiscalização interna resta prejudicada, o que compromete a fase avaliativa do ciclo orçamentário, imprescindível para a retroalimentação dos planejamentos subsequentes.

Para compreender a realidade, tomamos como exemplo o Relatório de Avaliação do Plano Plurianual referente ao período de 2012-2015, encaminhado pela então Presidente da República ao Congresso Nacional. No documento, constatou-se que inúmeras metas estipuladas não tinham sido implantadas na íntegra. Nas prestações de contas, o Executivo informou, contabilmente, os gastos realizados. Contudo, deixou de explicar, em profundidade, os motivos que o conduziram a inexecução parcial ou total das metas estipuladas⁶⁴⁵.

Extraí-se da função atrelada à saúde, o objetivo 0715, com a seguinte redação: *“promover atenção integral à saúde da mulher e da criança e implementar a Rede Cegonha, com especial atenção às áreas e populações de maior vulnerabilidade”*.

Entre as metas previstas para o período, tinha-se a ampliação de 6.000 (seis mil) para 7.500 (sete mil e quinhentas) o número de mulheres com risco fetal, atendidas por ano, no IFF/FIOCRUZ. No Relatório de Avaliação, o Governo informou que, entre os anos de 2012 a 2015, foram atendidas em média, 6.398 (seis mil, trezentos e noventa e oito) gestantes. Após apresentar o quantitativo efetivamente executado, o Governo não deu explicações a respeito dos motivos que o levaram a não cumprir integralmente a meta fixada.

De igual forma, fixou-se como uma das metas a habilitação de 276 (duzentos e setenta e seis) serviços de maternidade para Atenção à Gestação de Alto Risco. O objetivo era passar de 197 (cento e noventa e sete) serviços em 2012 para 473 (quatrocentos e setenta e três), até o ano de 2015. No entanto, no relatório, o Executivo declarou que disponibilizou, aproximadamente, 219 (duzentos e dezenove) serviços, sem explicar, novamente, o motivo pelo qual não atendeu a meta proposta.

⁶⁴⁴ Segundo CESAR AUGUSTO ALCKMIN JACOB (A 'reserva do possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de pena, op. cit., p. 253), a publicidade, o dever de informar e de motivar são inerentes ao desenvolvimento pleno dos poderes e indispensável ao controle legítimo. Para o autor, o Estado de Direito não tolera “argumentos evasivos ou maniqueístas”. Nessa linha de entendimento, ver GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA, *Consolidação Orçamental e Política Financeira*, op. cit., p. 297/315 e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 330.

⁶⁴⁵ Todos os dados apresentados foram extraídos do volume II – Programas Temáticos do Relatório Anual de Avaliação do Plano Plurianual de 2012 a 2015, tendo como ano base 2015. Esse relatório foi disponibilizado no ano de 2016. Ver em: <<http://bibspi.planejamento.gov.br/bitstream/ident/709/relatorio-avaliacao-ppa-vol2-programas-tematicos.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 15.02.2017.

Ainda no âmbito da área da saúde, verificou-se a meta de reformar ou ampliar ambientes que permitissem dar atenção para pessoas em situação de violência sexual, além de implantar cadeias de custódia em 94 (noventa e quatro) hospitais de referência selecionados no Sistema Único de Saúde - SUS. Nesse caso, o Executivo deixou de cumprir integralmente a meta por ele proposta. Como justificativa, limitou-se a informar que não pôde executá-la por motivos de contingenciamento. Porém, não teceu maiores detalhes. Não houve qualquer explicação mais específica sobre as razões que o levaram a contingenciar as dotações previstas para essa meta, a qual foi devidamente deliberada e aprovada pelo Poder Legislativo.

Assim, mais do que adentrar propriamente no mérito das intervenções governamentais e dos seus eventuais êxitos ou equívocos, o que não pode deixar de ser observado é o fato de as prestações de contas contidas no Relatório de Avaliação do Plano Plurianual não estarem sendo devidamente motivadas. Afinal, das informações disponibilizadas ao Congresso Nacional, não se consegue compreender as efetivas razões que levaram o Poder Público a cumprir parcialmente ou, até mesmo, a não executar determinados programas e metas estipulados.

Trata-se de um comportamento equivocado, uma vez que nada deve ser negligenciado ao controle do orçamento público. Não é demais reiterar que a Administração tem que revelar, claramente, as suas motivações, a fim de demonstrar o porquê de não ter conseguido atender as programações disciplinadas nos estatutos orçamentais. Sem isso, o Executivo pode fazer ou deixar de fazer o que quiser, quando quiser e a qualquer custo. Um retorno perigoso a um passado autoritário. Nesse caso, o Estado, representado por um Executivo hipertrofiado, deixa de ser meio, para ser um fim em si mesmo. Um ente descontrolado, detentor de “super poderes”. Nas palavras célebres imputadas ao rei Luís XIV da França: “*L'État c'est moi*”⁶⁴⁶.

Logo, o sistema necessita contar com mecanismos que impeçam a transformação da discricionariedade administrativa em arbitrariedade. Ao assim proceder, os gestores comprometem a credibilidade e a estabilidade do sistema orçamental, em menoscabo à população. Por essas razões é que é preciso que haja controle. E controle efetivo, capaz de prevenir tais práticas e de reprimi-las, quando não for possível evitá-las.

Nesse processo de fiscalização, chama a atenção o fato de um ator em especial estar

⁶⁴⁶ Disponível em: <<http://www.brasilecola.uol.com.br/biografia/luis-sol.htm>>. Acesso em: 12.02.2017.

sendo instado, com frequência, a compor essa arena de debate. Trata-se do Poder Judiciário. Os Magistrados brasileiros têm sido conclamados reiteradamente pela população brasileira para definir conflitos envolvendo omissões do Poder Público, não raras vezes, com impactos no campo orçamentário.

A Administração, todavia, rechaça o controle judicial, com base nas alegações de reserva de competência em matéria financeira e de que os estatutos orçamentais são institutos meramente formais, de caráter autorizativo⁶⁴⁷. Com essas justificativas, o Governo sente-se livre para agir ou não, de acordo com a sua conveniência e disponibilidade recursal, sem necessidade de motivar as suas decisões alocativas, inclusive e principalmente perante a Justiça Constitucional.

Como visto nas considerações tecidas no presente capítulo, em nosso entendimento, os expedientes orçamentários não podem ser concebidos como atos formais, de âmbito administrativo, apenas com aparência de lei. Ao contrário, são verdadeiras leis, detentoras de força normativa, aptas a produzirem efeitos jurídicos, que variam a depender dos seus múltiplos comandos e das suas respectivas densidades. Além disso, os fins almejados na programação orçamental vinculam o Poder Público, em maior ou menor medida. Não se pode admitir que o Poder Executivo reavalie unilateralmente a pauta de prioridades definidas anteriormente com a participação legislativa, sem estar obrigado a fundamentar as suas novas decisões.

Com o término da segunda fase da presente investigação é preciso avançar, uma vez que muitos dos questionamentos apresentados na introdução deste trabalho ainda precisam ser respondidos. Nesse contexto, é preciso definir a quem o cidadão pode recorrer quando o Executivo, sob a justificativa orçamentária, não cumpre os deveres prestacionais a que está juridicamente obrigado pelas normas de direitos fundamentais. Em igual medida, é necessário esclarecer se o princípio da separação entre os poderes e a discricionariedade no âmbito orçamental constituem alegações capazes de impedir a Administração Pública de se submeter ao controle judicial. E, em caso negativo, se podem os argumentos de ausência de previsão

⁶⁴⁷ Discordando desse posicionamento, TIAGO DUARTE (*A lei por detrás do orçamento*, op. cit. p, 633) entende que considerar os dispositivos e as verbas constantes nos orçamentos do Estado como meras autorizações à Administração acarreta uma disfunção na sistemática orçamentária-constitucional. Há uma ilusão em relação ao papel desempenhado no processo pelo Parlamento, quando, em realidade, o que se verifica é a prevalência exacerbada do Governo. Isso porque é a Administração quem apresenta a proposta orçamental e quem realiza as modificações das verbas orçamentadas durante a fase de execução, em uma relação de superioridade efetiva do poder administrativo de execução orçamental em desfavor do poder legislativo de aprovação orçamental.

orçamentária ou de impossibilidade de sua execução, diante da escassez recursal, prevalecer frente aos comandos constitucionais e legais vigentes no país. Sem dúvida, verificar se as decisões de distribuição dos recursos públicos, que são de competência originária do Poder Executivo e do Poder Legislativo, podem ser debatidas perante o Poder Judiciário corresponde a um enorme desafio jurídico-constitucional. A seguir, discorre-se sobre a jurisdição constitucional e sobre a sua legitimidade para velar pelo orçamento público.

PARTE III

O CONTROLE JUDICIAL DOS DEVERES PRESTACIONAIS: UM PERCURSO OBRIGATÓRIO PELOS DOMÍNIOS ORÇAMENTAIS

CAPÍTULO 6

LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL X

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

6.1 A separação dos poderes e a evolução da Justiça Constitucional

No sistema ideal de democracia representativa, a boa vontade e a boa fé dos representantes eleitos são inquestionáveis. Nesse plano utópico, os ocupantes de mandatos eletivos representam a pluralidade ideológica, social e cultural da sociedade e as suas intervenções são dotadas de coerência e de credibilidade. Desse modo, após salutareos debates públicos, as decisões alocativas são tomadas na arena política, sempre em prol do interesse público e de forma transparente, em pleno alinhamento com a ordem jurídico-constitucional.

No plano prático, a realidade nem sempre é desenvolvida nesses moldes. Quando os poderes com representatividade democrática ameaçam ou provocam violações – o que não é incomum – aos direitos fundamentais dos cidadãos, um terceiro poder costuma ser chamado pela população para intervir. Trata-se do Poder Judiciário.

A questão é que a entrada desse novo árbitro não passa incólume nas relações mantidas pelos Poderes. O Judiciário, ao intervir, traz consigo regras e princípios que interferem em um jogo travado, inicialmente, em uma seara eminentemente política, com lógica e regramentos próprios. Não surpreende o fato de os problemas surgirem quase que de imediato. Parte significativa dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo passa a questionar a legitimidade da tutela judicial para intervir em decisões que eram tomadas, com exclusividade, por eles, na arena política. Em seus entendimentos, os desacordos constitucionais devem ser resolvidos pelos representantes eleitos e, não por um poder que sequer é submetido ao sufrágio universal, ou seja, ao crivo periódico da sociedade. Mas não só isso. Ainda para aqueles que aceitam a participação do Poder Judiciário, não são poucas as indagações feitas em torno dos limites da intervenção da Justiça Constitucional, a fim de que se mantenha uma escorreita preservação do princípio da separação dos poderes.

Uma coisa é certa: A relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não se desenvolve de maneira pacífica. As tensões são notórias e repletas de nuances. Não é

despiciendo lembrar que a legitimidade da jurisdição constitucional e a sua relação com os demais poderes da República constitui um dos grandes dilemas do constitucionalismo ocidental. Por via de consequência, o princípio da separação dos poderes é reiteradamente discutido e redesenhado. O objetivo é encontrar o ténue equilíbrio entre as várias funções, instituições e órgãos do Estado, a fim de que, concomitantemente, se combata o arbítrio estatal e se resguarde os direitos e as liberdades fundamentais⁶⁴⁸. Não por acaso trata-se de uma problemática cujo enfrentamento se revela indispensável para a presente investigação. E é o que se pretende desenvolver nesse capítulo.

A ideia da separação dos poderes foi inicialmente sistematizada por Aristóteles⁶⁴⁹, na sua obra “Política” em que são dispostas três formas puras de governo: a monarquia, a aristocracia e a timocracia. Cada uma dessas formas, segundo o autor, poderia ser deturpada pelos próprios homens. A monarquia corrompida geraria a tirania, caracterizada pelo governo de um em prol do seu próprio interesse. A desnaturação da aristocracia ensejaria a oligarquia, composta pelo governo de alguns selecionados pela riqueza e não pelo mérito, em benefício de seus objetivos pessoais. Por fim, a timocracia desfigurada levaria a uma democracia fulcrada na vontade da maioria, independente de se tratar de uma escolha justa ou injusta.

Para Aristóteles, a maioria não significava, necessariamente, a opinião dos mais virtuosos. A melhor forma de governo deveria englobar todos os segmentos de cidadãos, caracterizada pelo equilíbrio entre a democracia e a aristocracia, por ele denominada de República (Politeia).

Esta concepção de constituição mista de Estado, composta pela diversidade de seus componentes e pela fragmentação do poder entre aqueles que fazem as leis, os que julgam os seus descumprimentos e os que administram a cidade, influenciou o pensamento de diversos filósofos, tais como John Locke e Montesquieu, e inspirou o movimento burguês responsável pela formação do Estado Liberal.

O Estado Liberal surgiu a partir da insurreição da burguesia contra o *ancien régime*, caracterizado pela vontade subjetiva e casuística dos Monarcas, cuja instabilidade comprometia a prosperidade das suas atividades econômicas. Caracterizou-se pela limitação

⁶⁴⁸ Concordamos com JORGE REIS NOVAIS (*Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 38) quando o autor destaca que a relação entre os poderes não pode ocorrer de forma mecanicista e estanque. Não se trata de uma separação rígida, mas sim de um processo de distribuição e de integração racional, composto por uma variedade de funções, instituições e órgãos.

⁶⁴⁹ Cf. ARISTÓTELES, *Política*, Editorial Gredos, Madrid, 2008, p. 171/176.

do poder estatal através da sua submissão ao direito e da separação das funções do Estado entre seus diferentes órgãos. Tais precauções tinham como principal objetivo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos contra os abusos do poder⁶⁵⁰.

De acordo com John Locke⁶⁵¹, o poder político deve levar em consideração o estado natural em que os homens se encontram, caracterizado pela liberdade e pela igualdade. Contudo, para que os indivíduos possam usufruir desse estado natural, é necessário que haja um poder capaz de possibilitar o respeito às leis da natureza, evitando que homens invadam os direitos alheios e mutuamente se molestem. Caso contrário, as leis da natureza seriam eminentemente vãs. Surgem, portanto, as sociedades políticas e a necessidade de criação de um poder que não pode ser exercido de forma arbitrária ou leviana, mas sim em defesa dos princípios e das liberdades naturais humanas. Para que possa estabelecer as regras de conduta que sejam comuns a todos, o poder político precisa ter legitimidade, identidade de corpo, ou seja, necessita expressar o consentimento da maioria dos seus integrantes⁶⁵².

Em seu posicionamento, o poder político é desenvolvido pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e pelo Poder Federativo. No que diz respeito ao Poder Legislativo, cabe a ele o papel supremo, sendo responsável por definir o modo com que a comunidade irá preservar-se dela própria e dos seus membros. Porém, frisa que o exercício do Poder Legislativo não pode ser completamente abusivo em relação à vida e à fortuna das pessoas, pois “ninguém pode transferir a outrem, mais poder do que possui⁶⁵³”. As liberdades naturais são, em seu entender, oponíveis ao poder político, inclusive em face do Parlamento. De outro giro, para que haja a execução e a assistência das leis criadas pelo Legislativo, há necessidade de um poder permanente, exercido em separado. Trata-se do Poder Executivo. Defendendo que nem sempre os parlamentares podem prever e prover, através das leis, tudo aquilo que é útil à sociedade, Locke sustenta que ao Poder Executivo recai, ainda, a possibilidade de regulação de certas situações concretas, de forma discricionária, mediante o que denomina de “prerrogativa⁶⁵⁴”. Por fim, o Poder Federativo corresponde à gestão da segurança e dos interesses da comunidade para além do seu território, em relação às outras comunidades

⁶⁵⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, cit., p. 20/24.

⁶⁵¹ Cf. JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre o Governo*, op. cit. p. 23/25.

⁶⁵² Cf. JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre o Governo*, op. cit., p. 106/108.

⁶⁵³ Cf. JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre o Governo*, op. cit., p. 99. Em suas palavras: “ninguém tem arbítrio absoluto sobre si mesmo ou sobre outrem para destruir a própria vida ou tirar a vida ou a propriedade de outrem”.

⁶⁵⁴ Cf. JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre o Governo*, op. cit., p. 117.

políticas⁶⁵⁵.

O poder político, segundo Locke, representado pelos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo tem os seus limites restringidos à prossecução do bem geral da sociedade e ao respeito ao estado natural de liberdade e igualdade dos homens⁶⁵⁶. No entanto, ao questionar “quem será o juiz do uso correto de tal poder?”, o filósofo inglês responde não haver juiz entre o Legislativo e o povo e entre este e o Executivo. Nas hipóteses de arbítrio, restaria ao povo apelar ao céu ou aguardar até que a própria população decida manifestar-se, cansando-se da tirania e sentindo a necessidade de remediá-la⁶⁵⁷.

De outro lado, para Montesquieu⁶⁵⁸, a única forma de impedir situações de despotismo e de garantir a liberdade seria formular um sistema em que o poder do Estado restasse controlado pelo próprio poder. Com esse objetivo, o Autor diferenciou três espécies de poderes estatais, os quais conviveriam em harmonia, em uma relação recíproca de controle e interdependência, de modo a impedir que um deles prevalecesse sobre os demais. São eles:

a) o Poder Legislativo, responsável pela criação das leis necessárias para regular as relações entre os particulares e desses com o próprio Estado;

b) o Poder Executivo, com a incumbência de administrar e executar as tarefas inerentes ao Estado e,

c) o Poder Judicial, com a finalidade de resolver os conflitos entre os indivíduos, através da aplicação subsuntiva das normas produzidas pelo Poder Legislativo.

⁶⁵⁵ Cf. JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre o Governo*, op. cit., p. 107.

⁶⁵⁶ Cf. JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre o Governo*, op. cit., p. 114/115. Para o filósofo inglês: “tudo que for feito manifestamente para o bem do povo e para o estabelecimento do governo sobre bases verdadeiras é e será sempre uma prerrogativa correta. O poder de criar novas instituições, e com elas novos representantes, supõe aceitar que com o tempo as proporções de representações possam variar, e os lugares que antes não tinham direito a representação podem vir a adquiri-lo ou, pelos mesmos motivos, deixem de tê-lo os que o possuíam, por terem se tornado pouco importantes para tal privilégio. Não se trata de uma mudança do estado atual, promovida talvez pela corrupção ou decadência que se insinua no governo, mas da tendência que este tem a causar dano ou oprimir o povo criando uma casta ou um partido distinto do resto e com submissão desigual. Seja a medida que for que seja reconhecidamente vantajosa para a sociedade e para o povo em geral, fundamentada em conceitos justos e estáveis, há de merecer aprovação sempre que executada; e sempre que o povo escolher seus representantes através de procedimentos legais e equânimes, condizentes com as formas originais do governo, será a expressão indubitável da vontade e ação da sociedade, seja quem for que assim permitiu ou causou”.

⁶⁵⁷ Cf. JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre o Governo*, op. cit., p. 120.

⁶⁵⁸ Cf. CHARLES MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, op. cit., p. 163/195. É válido frisar que, para o autor, a vontade geral é formalizada através da lei, produto gerado pela atuação conjunta do corpo legislativo e do poder executivo, sendo que a participação desse último consistia no direito de veto. O Poder Judiciário, por sua vez, era considerado um poder neutro, despido de natureza política, cuja função era limitar-se a “ser a boca que pronuncia as palavras da lei”. Montesquieu reconhece a importância do controle do poder, uma vez que entendia ser inevitável que, no exercício do poder, todo homem é levado a abusar dele, até que lhe sejam impostos limites.

Contudo, o modelo ideal de organização do Estado abstratamente proposto por Montesquieu, sofreu distorções, na prática. A separação de poderes não se revelou harmônica e recíproca em muitos dos Estados Liberais da época. Ao contrário. O que se evidenciou em muitas nações foi um desequilíbrio, com predomínio do Parlamento sobre os demais poderes. Nesse sentido, tem-se o exemplo francês.

Fato é que essas disfunções orgânico-funcionais podem ser explicadas, em grande medida, por razões históricas. Na França, o regime totalitário monárquico dissolveu-se por meio de um movimento revolucionário, sem transição gradual em relação à situação anterior. Com o advento da Revolução Francesa, o sistema orgânico-funcional pretérito rompeu-se, bem como o direito existente. Nesse processo de total desconstrução, o Parlamento assumiu o protagonismo entre os demais poderes. A burguesia, na defesa de seus próprios interesses, promoveu a supremacia do órgão do qual fazia parte, bem como estabeleceu a hegemonia da lei, como fonte mais importante do Direito. De outro lado, ao Poder Judiciário coube o neutro papel de aplicar incondicionalmente as leis produzidas pelo órgão dotado de legitimidade democrática, representante da vontade da maioria dominante. O tratamento conferido ao Judiciário francês decorreu do fato de os magistrados não serem merecedores de confiança. Suspeitava-se que os juízes pudessem frustrar os anseios do novo regime revolucionário em defesa de uma aristocracia, da qual faziam parte e com a qual mantinham laços espúrios até então, no país. Não por acaso, entendeu-se como necessária a limitação das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário e a submissão dos seus integrantes à vontade do Parlamento⁶⁵⁹.

Com o passar do tempo, a separação dos poderes, nos moldes implementados na França, revelou-se estanque e radical, ineficiente para executar um projeto capaz de resolver as demandas daqueles que não compunham a classe burguesa. Surgiu, então, a necessidade de o “império da lei” ter que se submeter a alguma espécie de controle, sob pena de transformar-

⁶⁵⁹ Nesse diapasão, MAURO CAPPELLETTI (*Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 20, out./2001, p. 262/286) destaca a Lei Revolucionária de 1790, promulgada na França. De acordo com o seu artigo 10, do Título II: “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo”. Já o artigo 12, do Título II, determinou que os Tribunais Judiciários: “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” e “As funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções”. Dessa maneira, o autor conclui que tanto os parlamentares, quanto os administradores estavam isentos de controle por parte dos Tribunais Judiciários, nesse período, na França.

se em um modelo estatal arbitrário, tal como nos tempos despóticos outrora combatidos.

Essa possibilidade de falha no sistema liberal foi, inclusive, observada por Emmanuel Joseph Sieyès, ainda no século XVIII. Ao propor um modelo de democracia dividido em dois níveis, um correspondente ao poder constituinte, supremo, caracterizado pelo poder soberano do povo e, outro, denominado de poder constituído, limitado pelo primeiro, o autor observou a necessidade de se controlar o Parlamento, por outro poder que não o próprio Legislativo, a fim de preservar a vontade originária e a supremacia da constituição, bem como de combater os abusos cometidos pela maioria legiferante⁶⁶⁰.

Diferentemente do que ocorreu em solo francês, na Inglaterra as coisas se passaram de maneira diversa. A transição para o Estado de Direito Liberal deu-se de forma paulatina, sem abruptas rupturas sistêmicas. Após a Revolução Gloriosa, no final do século XVII, o que se viu foi uma evolução progressiva da concepção de limitação jurídica do poder⁶⁶¹, sem a edificação de um novo e desconhecido direito, tampouco de um antagônico organograma funcional. Pode-se afirmar que tudo foi estabelecido de uma maneira mais gradual e natural, em respeito às tradições e à história do povo inglês, sedimentadas em um direito ancestral. A Revolução Gloriosa consagrou para além da ideia de supremacia do Parlamento e da inviolabilidade das liberdades individuais o próprio sistema do *common law* existente, na medida em que promoveu a sua concreta incidência em desfavor do Monarca⁶⁶².

Nesse contexto, sem desconsiderar o destaque primordial que fora conferido ao Parlamento, não se pode olvidar que, a Revolução Gloriosa preservou, em maior medida do que ocorrera na França, o papel do Poder Judiciário. Os juízes continuaram a desempenhar a sua função de aplicação do *common law*, uma vez que qualquer ato estatal, ainda que produto parlamentar, tinha que estar em consonância com o direito da história e das tradições do povo

⁶⁶⁰ Cf. GUSTAVO BINENBOJM, *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*, 3ª edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2010, p. 23/24.

⁶⁶¹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Teoria das Formas Políticas e dos Sistemas de Governo*, op. cit., p. 29.

⁶⁶² Cf. INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2017, p. 914. Segundo os autores, não houve qualquer necessidade de se impor a prevalência da lei, como produto do Parlamento, em desfavor dos Magistrados. O que se verificou foi a força do direito comum diante do poder do Monarca. O doutrinador Luís Guilherme Marinoni frisa que, na Inglaterra, o Parlamento não assumiu o poder absoluto, como aconteceu na França, após a Revolução. Na Inglaterra, a luta contra o poder do rei não significou a substituição do monarca por outro poder absoluto, o da Assembleia Soberana. A lei representou mais um critério de contenção do arbítrio, um elemento que foi inserido “no tradicional e antigo regime do *common law*”. Com esse mesmo entendimento, ver GEORGES ABBoud, *Processo Constitucional Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 105. Sobre a temática ver, ainda, JORGE REIS NOVAIS *Teoria das Formas Políticas e dos Sistemas de Governo*, op. cit., p. 29 e JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p. 53/57.

inglês, inexistindo absolutismo do Parlamento e, até mesmo, da lei. Em outras palavras, o *common law* não era limitado ou definido pela legislação. Eram as leis inglesas e das colônias que deveriam observá-lo e respeitá-lo. Por conseguinte, a função que fora conferida ao Judiciário nesse país não foi de absoluta sujeição à vontade do legislador nos moldes franceses⁶⁶³.

Dessa feita, a consolidação do Estado de Direito não ocorreu em todos os países em um mesmo momento e com igual formatação. Ao contrário. Apesar de os valores liberais que o fundamentaram terem bases semelhantes, como a necessidade de separação entre os poderes e a preservação das liberdades individuais, as configurações dos Estados de Direito ocorreram em inúmeros países, em tempo, circunstâncias e modo igualmente diferentes.

Nos Estados Unidos, após a sua independência, a formação do Estado de Direito e a consagração do princípio da separação dos poderes abriu as portas para que novos rumos fossem trilhados nessa seara. Utilizando-se da concepção de supremacia da Constituição desenvolvida por Sieyès e influenciada pela tradição de decretação de nulidade de leis da colônia que violassem o direito inglês, representado pelo *common law*⁶⁶⁴, a América criou o *judicial review of legislation*, por meio de suas construções jurisprudenciais. Isso mesmo sem a Constituição dos Estados Unidos prever ao Poder Judiciário, de maneira expressa, a competência para controlar a constitucionalidade das leis⁶⁶⁵. O marco pioneiro da Jurisdição

⁶⁶³ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 922. No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os magistrados representavam uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em limitar os abusos do Governo. Por esse motivo, não houve, na proporção do que se deu em solo francês, uma rejeição aos juízes e à tradição jurídica do passado. Interessante apontamento é feito por MAURO CAPPELLETTI (*Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Ed. Giuffrè, Milano, 1968, p. 102/105) ao comparar as razões que ensejaram as Revoluções Inglesa, Francesa e a Independência americana. Em sua análise, na Revolução Gloriosa, parlamentares e juízes almejavam a imposição do *common law* em desfavor do Rei. Na Revolução Francesa a burguesia pretendia a sobreposição do Parlamento em face do Monarca e dos juízes. Por sua vez, a Independência Americana almejava contrapor-se ao poder da Autoridade Legislativa inglesa. Em seu entender, os contextos diversos influenciaram a consagração dos Estados de Direito e a configuração orgânica funcional entre os poderes.

⁶⁶⁴ Para INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 917 e 931) o controle de constitucionalidade, introduzido nos Estados Unidos, representou muito mais uma continuidade do que uma quebra com o modelo inglês. Ao analisar o instituto, Luiz Guilherme Marinoni ressalta que o fato de os colonizadores e idealizadores da independência americana terem experimentado o *common law* e a sua relação com os atos da colônia certamente facilitou a aceitação da ideia de que o Legislativo deveria ter limites na Constituição, como também contribuiu para a assimilação de que o Judiciário poderia fiscalizar a constitucionalidade das leis.

⁶⁶⁵ Ao analisar os textos que continham as deliberações da Convenção da Filadélfia, no momento em que eram travados os debates para a consolidação e para a posterior ratificação da Constituição norte-americana, LARRY D. KRAMER (*The people themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 73/74) ressalta que alguns delegados defendiam a expressa inclusão do *judicial review* no texto constitucional. De outro lado, havia um grupo minoritário que se posicionou

Constitucional americana deu-se no ano de 1803, no caso *Marbury v. Madison*.

Em breve resumo, o contexto que antecedeu o importante precedente iniciou-se no governo do Presidente John Adams. Nesse período, começaram a surgir descontentamentos relativos à Autoridade Federal e ao pacto federativo que dominava o cenário político americano. As insatisfações culminaram com a criação de um novo partido político, opositor ao Governo, denominado Partido Republicano.

No começo do século XIX, ocorreram novas eleições presidenciais, saindo vencedor o candidato Thomas Jefferson, líder do Partido Republicano. Assim, no final do mandato presidencial de John Adams, o Congresso americano, ainda sob o domínio dos federalistas, aprovou o *Judiciary Act*, em 13 de fevereiro de 1801, responsável pelo aumento do número de juízes federais no país e de outros cargos na magistratura americana. O objetivo almejado pela nova lei era incrementar o quantitativo de juízes que pudessem promover o ideário federalista em contraposição aos posicionamentos republicanos que estavam por vir, bem como assentar muitos dos políticos federalistas que desocupavam os seus mandatos eletivos, uma vez que foram derrotados nas eleições nacionais. Com isso, eclodiu uma crise institucional na arena política dos Estados Unidos. Esses novos juízes foram intitulados de *Midnight Judges* e tiveram a sua legitimidade contestada pelos republicanos.

Ao assumir, o Presidente da República Thomas Jefferson nomeou James Madison para Secretário de Estado. Ao avaliar o caso envolvendo as nomeações dos novos magistrados, Madison promoveu o cancelamento de muitas dessas nomeações. Ocorre que a dissolução dos cargos somente poderia se dar nas hipóteses em que as posses dos novos juízes não tivessem efetivamente ocorrido. Isso em razão da Constituição americana resguardar a inamovibilidade dos membros do Poder Judiciário.

Nesse cenário, surge a situação de William Marbury. Nomeado para ser Juiz de Paz

contrariamente à revisão judicial das leis, bem como outro quantitativo de delegados que afirmaram não ter certeza para se posicionar a respeito do tema. Para o autor, na realidade, a *judicial review* não constituía uma questão fundamental no debate afeto ao controle do poder. As discussões mais árduas foram travadas em relação ao número de legisladores representantes dos estados e do Senado. O instituto da revisão judicial das leis, inclusive, era posto em discussão no momento em que eram buscadas ferramentas para a fiscalização federativa, a fim de assegurar à União mecanismos que pudessem ser empregados para controlar os estados e manter a Autoridade Federal. O próprio John Madison teria apresentado uma proposta alternativa para que o controle estadual pela União se desse não pela *judicial review*, mas pelo Congresso americano. Sua posição era no sentido de que o Congresso pudesse impor o seu veto a toda e qualquer lei dos estados que contrariassem a Constituição. Contudo, a sua proposta foi rejeitada. Prevaleceu a posição do Delegado Luther Martin, aprovada à unanimidade, que consistia em obrigar os juízes estaduais a aplicarem o direito federal, nas hipóteses de conflitos. A partir dessa proposta, fica claro que prevaleceu a possibilidade de *judicial review*, ao menos no que diz respeito às leis estaduais.

no Distrito de Columbia, Marbury, cujo nome foi indicado pelo então Presidente da República e ratificado pelo Senado norte-americano, não chegou a tomar posse antes do término do mandato do Chefe do Executivo John Adams. Diante dessas circunstâncias, o novo Presidente da República, Thomas Jefferson, recusou-se a empossá-lo instalando um conflito institucional, com repercussões constitucionais.

Após ter requerido administrativamente, sem êxito, a sua posse perante o Secretário de Estado, James Madison, Marbury impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte americana. O seu objetivo era obter uma decisão de natureza mandamental a seu favor, a fim de que fosse determinada a sua posse ao cargo de Juiz de Paz, uma vez que entendia ter direito à sua investidura.

Em 1802, os congressistas americanos deliberaram e aprovaram um novo *Judiciary Act*, com o aval do Presidente Thomas Jefferson, responsável pela revogação da legislação anterior, datada de 1801. O propósito foi rever as Cortes Judiciais recém-estabelecidas pelos federalistas.

Assim, o ambiente para que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidisse o caso era extremamente complicado. Os ânimos entre federalistas e republicanos estavam acirrados, decorrentes de disputas eleitorais recentes e das novas medidas legislativas criadas. De modo que qualquer decisão a ser tomada pela Corte provavelmente acabaria por desagradar um dos lados desse embate e seria objeto de questionamentos. A pressão que recaía sobre a Corte Constitucional era grande, pois os interesses em jogo envolviam um Presidente, com maioria no Congresso, recém-eleito justamente com o propósito de rever a política sustentada pelos federalistas. Por sua vez, os federalistas constituíam um partido de forte importância para a história republicana americana e que detivera, até então, a maioria do Legislativo, além de serem responsáveis pela nomeação dos membros da corte máxima da Justiça Constitucional estadunidense. Foi nessa circunstância que, em fevereiro do ano de 1803, a Suprema Corte se reuniu para proferir o julgamento do caso *Marbury v. Madison*.

Ao proferir o seu voto, o *Chief Justice* da Suprema Corte Americana John Marshall decidiu que William Marbury tinha, em tese, o direito de se utilizar de um remédio jurídico para, por seu intermédio, questionar as decisões estatais que violassem um possível direito à investidura ao cargo de Juiz de Paz do Distrito de Columbia. Segundo Marshall, os Estados Unidos eram governados pelas leis e não pelos homens. Contudo, ao avaliar em concreto se o *writ of mandamus* correspondia ao remédio adequado, o Juiz John Marshall reconheceu a

inconstitucionalidade da lei ordinária que ampliava as competências da Suprema Corte para analisar, por meio de competência originária, os desvios cometidos por oficiais públicos. Isso porque a legislação ordinária não poderia, em seu entender, desobedecer ao rol taxativamente previsto na Constituição norte-americana⁶⁶⁶.

A decisão foi considerada por muitos como hábil politicamente, uma vez que, ao atuar de forma contida, a Corte não deixou de se posicionar e, portanto, não se descredibilizou, ao passo que também não afrontou o popular Governo de Thomas Jefferson. Sem maiores delongas sobre o viés político da decisão proferida, fato é que ao declarar a inconstitucionalidade do dispositivo do *Judiciary Act* de 1789, o *Chief Justice* inaugurou o controle de constitucionalidade em terras americanas, no âmbito da Suprema Corte. E contribuiu definitivamente para que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis se incorporasse ao sistema judicial americano, competindo à Suprema Corte decidir os desacordos constitucionais.

O controle judicial de constitucionalidade dos Estados Unidos iniciado a partir do precedente *Marbury v. Madison*, baseia-se, em célere síntese, na supremacia da Constituição em detrimento de qualquer ato do Legislativo ou da Administração que com ela seja incompatível. O controle é incidental e difuso, pois recai sobre uma controvérsia concreta, sendo realizado por todos os Juízes e Tribunais americanos e, não somente, por uma Corte Constitucional. No entanto, a última palavra é proferida pela Suprema Corte e tem força vinculante sobre os demais Magistrados, em razão do princípio da *stare decisis*.

Pois bem. Se nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade, com desdobramentos diretos no princípio da separação dos poderes, desenvolveu-se a partir do século XIX, na Europa, o seu desenrolar postergou-se no tempo. A desconfiança no Poder Judiciário e a resistência que se tinha em relação a possíveis interferências dos magistrados sobre as decisões tomadas pelo Parlamento configurou o principal óbice ao controle de constitucionalidade das leis.

Foi ao longo do século XX e com o advento do Estado Social que se relativizou, na maioria dos países do continente europeu, o caráter absoluto concedido à lei. A partir de então,

⁶⁶⁶ Para maior detalhamento sobre o caso *Marbury X Madison*, ver WILLIAM E. NELSON, *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*, university Press of Kansas, Lawrence, 2000, p. 57/60; SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VITOR, *Diálogo Constitucional e controle de constitucionalidade. Debate entre o STF e o Congresso Nacional*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015, p. 76/96 e INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2017, p. 927/931.

a vontade do Parlamento passou a se submeter à hegemonia da Constituição, promovendo-se uma expansão dos Tribunais Constitucionais, imbuídos no papel de salvaguardar a vontade originária do Poder Constituinte e, em *ultima ratio*, a própria vontade soberana do povo⁶⁶⁷.

O sistema de controle de constitucionalidade europeu tem como matriz o modelo desenvolvido por Hans Kelsen, na Constituição Federal de 1920 da Áustria, o qual possui inúmeras diferenças em relação ao modelo americano. Entre elas, a fiscalização de constitucionalidade das leis era realizada de forma abstrata, por um Tribunal Constitucional criado especialmente para cumprir tal finalidade. O objetivo era evitar soluções díspares às controvérsias constitucionais, uma vez que o ordenamento austríaco não dispunha do *stare decisis*, capaz de gerar estabilidade e uniformidade dos julgados. Ademais, o papel da Corte Constitucional era analisar a constitucionalidade de uma determinada lei e, em caso de declaração de inconstitucionalidade, retirá-la do ordenamento. Nesse sentido, era atribuída à Corte uma função assemelhada a de um “legislador negativo”, uma vez que, ao anular uma lei, a Corte eliminava com o mesmo caráter de generalidade uma norma geral, em abstrato, tal como vislumbrado no momento da sua elaboração, pelo Legislativo. Contudo, no sistema austríaco, a análise da constitucionalidade de uma lei somente poderia ocorrer mediante o julgamento de mérito de um processo interposto, pelos órgãos legitimados, perante a Corte Constitucional, sem qualquer vinculação aos casos concretos. Nesse sentido, não poderia haver o controle de constitucionalidade de uma lei que fosse considerada pressuposto para a solução de uma demanda em trâmite em outros Juízos⁶⁶⁸.

Fato é que o controle de constitucionalidade na Europa não se desenvolveu apenas na Áustria. Não há como negar que a falência do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social acarretaram a necessidade de reestruturar o princípio da separação entre os poderes. Uma ordem constitucional que buscasse a igualdade material e a vida digna de seus cidadãos não

⁶⁶⁷ A respeito dos sistemas americano e europeu de matriz austríaca de controle de constitucionalidade ver DIRLEY DA CUNHA JR., *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, 2ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 414/440; GUSTAVO BINENBOJM, *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, op. cit., p. 25/46; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 898/901; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 228/239; ROBERTO BUENO PINTO, *Carl Schmitt X Hans Kelsen: Defensor ou Senhor da Constituição?*, Revista da Faculdade de Direito-UFPR, vol. 60, nº03, Curitiba, set/dez 2015, p. 103/136; INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 926/936 e GEORGES ABBoud, *Processo Constitucional Brasileiro*, op. cit., p. 103/113.

⁶⁶⁸ A partir da Reforma Constitucional de 1929, na Áustria, a Corte Suprema e a Corte Administrativa puderam requerer à Corte Constitucional a análise de constitucionalidade de lei cuja avaliação de constitucionalidade fosse um pressuposto para a solução de um litígio submetido aos seus julgamentos. No entanto, salvo a Corte Suprema e a Corte Administrativa, os demais magistrados encontravam-se afastados do controle de constitucionalidade.

teria muita valia se não houvesse ferramentas que viabilizassem a fiscalização efetiva do poder e a defesa dos direitos fundamentais.

Disso se extrai que a salvaguarda das normas constitucionais proveio da luta dos indivíduos para defender direitos invioláveis do homem respaldados pelos ideais de liberdade e de respeito à dignidade da pessoa humana, na concepção de que tais direitos devem se contrapor e prevalecer diante do exercício arbitrário do poder. Não por acaso a destituição dos governos autocráticos no século XX promoveu, em diversos países europeus, o fortalecimento de mecanismos afetos ao controle e à racionalização do poder, tais como a Justiça Constitucional. Constatou-se, assim, que, após a Segunda Guerra Mundial, os sistemas de controle de constitucionalidade nessas nações tomou maior impulso⁶⁶⁹.

Ao trazer a análise do tema para o sistema constitucional pátrio, é necessário destacar que o Brasil incorporou, concomitantemente, os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade⁶⁷⁰. Porém, essa ambivalência trouxe consequências práticas que não passam despercebidas. Por ser um país de matriz jurídica romano-germânica, não há em nosso ordenamento, ao contrário do sistema de *comon law*, o precedente vinculativo. Significa dizer

⁶⁶⁹ Sobre a temática, ver CLEMERSON MERLIN CLÉVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 57/60; GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, 6ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 35/49 e 78/88; JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *A Constituição Reinventada. Pela Jurisdição Constitucional*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 24/41 e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 239. Este último autor destaca que as Cortes Constitucionais foram instituídas na Itália, em 1948; na Alemanha, em 1949; em Portugal, em 1976 e na Espanha, em 1978. Por sua vez, na França, instituiu-se, em 1958, o denominado Conselho Constitucional, responsável pelo controle de constitucionalidade das leis. Contudo, esse Conselho é composto por nove membros, os quais são nomeados pelo Presidente da República, pela Assembleia Nacional e pelo Senado. Para um maior detalhamento sobre o tema, no ordenamento francês, ver INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 959/964.

⁶⁷⁰ O sistema português também incorporou elementos de ambos os modelos de controle de constitucionalidade, na medida em que os juízes e tribunais possuem atribuição para conhecer e decidir questões relacionadas à constitucionalidade de leis, nos casos concretos, havendo a possibilidade de interposição de recurso necessário ou voluntário, a depender do caso, à Corte Constitucional. Além do controle difuso, o Tribunal Constitucional pode, ainda, exercer o controle abstrato de constitucionalidade de leis em tese, de forma preventiva ou sucessiva, por via de ações diretas. Sobre o tema, examinar JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 981/1039; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 239/333; VITAL MOREIRA, “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio de 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Ed., Coimbra, 995, p. 177/198; RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Ed., Lisboa, 1999, p. 456/491; JORGE MIRANDA, *Fiscalização da Constitucionalidade*, Ed. Almedina, Lisboa, 2017, p. 49/63; IRONALDO POLETTI, *Controle de Constitucionalidade das Leis*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 67/68 e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A doutrina constitucional e o controle da Constitucionalidade como garantia da cidadania*. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1072/1005>>. Acesso em: 12.10.2015.

que um determinado Juiz pode deixar de aplicar uma lei no caso concreto, por entendê-la inconstitucional, enquanto em caso análogo, sob a égide de outro Magistrado, a mesma lei ter aplicação prática, por ser considerada constitucional. Nessas hipóteses, a discrepância provocada por duas decisões antagônicas gera instabilidade jurídica e descrédito no próprio Poder Judiciário. E não é só isso. Como as decisões somente produzirão efeitos *inter partes*, ainda que o Supremo Tribunal Federal seja a última instância a se pronunciar, qualquer pessoa que esteja em situação análoga deverá, salvo nos casos declarados de repercussão geral⁶⁷¹, propor sua própria ação para submeter a mesma lei a um novo julgamento a respeito da sua constitucionalidade. Não é incorreto afirmar, portanto, que a ausência do precedente judicial promove um acúmulo desnecessário de ações judiciais e impede o célere funcionamento da justiça pátria.

O controle de constitucionalidade no Brasil será abordado com maior profundidade em momento específico no presente trabalho. De qualquer forma, para o que interessa no momento, basta ressaltar que o sistema brasileiro adotou o controle jurisdicional como o modelo de fiscalização de constitucionalidade de leis e de atos normativos, o que impactou fortemente na relação mantida entre os três Poderes da República.

6.2 Tensões entre Democracia e Jurisdição Constitucional

Conforme exposto acima, a jurisdição constitucional passou a ser um modelo usual de controle do poder. Contudo, embora pareça tratar-se de assunto sedimentado, a legitimidade da Justiça Constitucional é reiteradamente contestada, sendo a sua intervenção considerada, por muitos pensadores, como a antítese da democracia.

Passemos a analisar as objeções dogmáticas mais persistentes e significativas que se suscitam sobre o tema, mas não sem antes estabelecermos premissas iniciais amplamente

⁶⁷¹ A repercussão geral constitui um importante instrumento utilizado para dirimir essas incongruências sistêmicas. Ao selecionar os recursos extraordinários, de acordo com as suas relevâncias jurídica, política, social e econômica e declarar a sua repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal determina que as instâncias inferiores acompanhem o seu entendimento. Nessa conformidade, promove-se segurança jurídica e reduz-se o número de feitos remetidos à Corte Constitucional máxima brasileira. Merece destaque o REX 855.178/SE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 06.03.2015, no Supremo Tribunal Federal. A demanda discutia a responsabilidade solidária entre os entes federados na prestação de serviços públicos de saúde, por meio do Sistema Único de Saúde - SUS. Houve o reconhecimento da repercussão geral do tema. Ao julgar o feito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que: “Ementa. Recurso Extraordinário. Constitucional e Administrativo. Direito à saúde. Tratamento Médico. Responsabilidade Solidária dos entes federados. Repercussão Geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto há responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente”.

aceitas entre os defensores e os opositores da jurisdição constitucional.

6.2.1 Premissas iniciais

A convivência social gera naturalmente desacordos entre os indivíduos. Para que essa convivência seja harmônica e a paz social seja preservada o direito é criado, entre outras fontes, através de leis, com o objetivo de se definir o seu conteúdo e alcance, ou seja, quais são os direitos existentes, como são efetivados e quais deles podem ser exigidos entre os particulares e também perante os poderes estatais.

Nos Estados Democráticos, as leis não são produtos da vontade casuísta de uma única pessoa. Ao contrário. As leis criadas nos Parlamentos representam a vontade de inúmeros indivíduos. A multiplicidade de membros no Poder Legislativo busca justamente refletir a variedade de interesses de todos os segmentos da sociedade.

É natural, entretanto, que a diversidade de pessoas e de ideias acarrete desacordos mesmo entre os parlamentares, os quais são resolvidos, nessa Casa, através de um processo composto por duas fases: uma de natureza deliberativa e outra de tomada de decisão. As desavenças, portanto, são debatidas e superadas no momento da votação, de acordo com o critério da maioria. Afinal, os conflitos existem e nem sempre se faz possível o consenso. As pessoas precisam decidir qual será a opinião prevalecente.

Sobre o tema, o autor Jeremy Waldron⁶⁷² explicita diversos meios que podem ser empregados no intuito de superar os desacordos e escolher a opinião prevalecente: pode-se lançar uma moeda, tal como um jogo de sorte ou azar; pode-se escolher uma única pessoa para tomar a decisão, ao estilo hobbesiano, eis que dificilmente ela entrará em conflito consigo mesma ou, então, pode-se escolher por maioria. Esse último, aliás, é considerado pelo autor como o método mais adequado ao regime democrático, uma vez que permite que as pessoas diretamente afetadas com as decisões políticas tenham a possibilidade de intervir nas suas escolhas, em igualdade de condições.

Em nosso entender, a escolha majoritária é a que mais se coaduna com o ideal de Estado Democrático de Direito, na medida em que possui maior probabilidade de garantir igualdade de participação e, conseqüente, heterogeneidade de opiniões capazes de refletir a pluralidade da sociedade moderna.

⁶⁷² Cf. JEREMY WALDRON, *Derechos y Desacuerdos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 136.

Contudo, as afirmações acima devem ser recebidas com ressalvas. Por se tratar do melhor critério, a opinião da maioria nunca pode ser questionada? E se puder, quem decidirá no final? Com base em que critérios? Aqui, os desacordos surgem e as opiniões dividem-se, como veremos a seguir.

6.2.2 Legitimidade da Jurisdição Constitucional: posições contrárias

Identificar qual seria o arranjo institucional adequado para tratar de questões afetas à inconstitucionalidade de leis e de atos normativos constitui um dos maiores dilemas da história do constitucionalismo ocidental. Isso porque o objeto central desse desacordo recai sobre produtos normativos criados por poderes, cujos integrantes são democraticamente eleitos, ou seja, submetidos ao escrutínio da maioria, por intermédio de pleitos que ocorrem periodicamente.

Ao tratar da temática, as tensões entre os poderes automaticamente ressuscitam. Não são poucos os que clamam pela ausência da legitimidade da Justiça Constitucional para intervir em desacordos constitucionais dessa natureza ou, ao menos, que defendam uma maior deferência judicial em favor do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Mas, como dito, a abordagem do tema não se faz apenas contemporaneamente.

Talvez o debate mais conhecido em torno da problemática relacionada à legitimidade da intervenção jurisdicional tenha sido travado por Carl Schmitt e Hans Kelsen. Os conceitos de Estado e de Constituição são as artérias propulsoras desse embate de ordem jurídica e política, iniciado no começo do século passado. Reflexo, em certa medida, do esgotamento sentido, à época, da forma constitucional de Estado representado pelo Estado Liberal típico do século XIX.

A partir das primeiras décadas do século passado, Carl Schmitt publicou diversas obras, inclusive “O Guardião da Constituição”⁶⁷³, com o objetivo de esclarecer a quem competia a tutela da Constituição. Em resposta e contrapondo-se às ideias defendidas por Carl Schmitt nesta publicação, Hans Kelsen lançou, no ano de 1931, o seu texto intitulado “Quem deve ser o defensor da Constituição?”⁶⁷⁴.

Em caráter preliminar, antes de adentrar, ainda que resumidamente, nas teses

⁶⁷³ Cf. CARL SCHMITT, *O guardião da Constituição*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007.

⁶⁷⁴ Cf. HANS KELSEN, *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

sustentadas por cada um dos doutrinadores, é preciso levar em consideração o contexto histórico e político-social vivenciado à época, na Alemanha. Tratava-se de tempos difíceis. A nação germânica encontrava-se no meio de uma crise econômica, ocasionada, em grande medida, pela imposição do pagamento de sanções pecuniárias que lhe foram fixadas como dívidas de guerra, após o término do primeiro conflito mundial. Como consequência, os índices inflacionários e o desemprego eram crescentes. De outro giro, a moral da população estava abalada pela derrota sofrida. Como de costume, a instabilidade financeira e social sempre acaba por atingir a seara política e na Alemanha do pós-guerra não foi diferente. Conflitos internos institucionais promoveram, nos primeiros anos da República de Weimar, as destituições de inúmeros chanceleres e provocaram uma luta difícil e quase que insustentável em busca da governabilidade. Certo era que o parlamentarismo alemão agonizava e se enfraquecia.

Para além da realidade interna, a Europa, como um todo, assistia, perplexa, aos desdobramentos da Revolução Russa, bem como à expansão do pensamento socialista e o incremento dos movimentos sindicalistas e anarquistas, que conferiam, àquele momento, ingredientes mais complexos e incertos a uma realidade já repleta de interrogações.

A conjuntura vivenciada na Alemanha e na Europa influenciou o pensamento de Carl Schmitt⁶⁷⁵. Para ele, a Constituição é uma manifestação política que confere unidade ao Estado e será legítima quando promulgada por um Poder Constituinte que seja efetivamente reconhecido pela sociedade. As normas constitucionais são aquelas editadas por meio do Poder Constituinte, de acordo com os fatos e com os anseios sociais e, portanto, mutáveis. As leis constitucionais, assim como as demais leis ordinárias, nada mais são do que fontes de direito positivo. Não são criadas e aplicadas por si. Não decorrem de um direito natural. Ao contrário. São resultados de acordos conjunturais firmados entre os homens, modificáveis por seus operadores de acordo com as alterações dos interesses e das necessidades sociais. Quando a realidade fática se altera e certo modo de convivência deixa de ser aceito pelos integrantes da sociedade, as leis são revistas.

Nessa conformidade, Schmitt entende que, apesar de o Parlamento representar a soberania popular, a autonomia conferida à função legislativa no curso do mandato afasta o legislador dos seus ideais iniciais, ou seja, dos vínculos primários mantidos com a população.

⁶⁷⁵ Para CARL SCHMITT (*La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de classes proletária*, Alianza Editorial Textos, Madrid, 2009, p. 263/264), a ditadura socialista sustentada pelo proletariado somente teria a serventia de destruir o próprio Estado.

A relação existente entre os legisladores e os eleitores acaba por ser dispersa. Por esse motivo, Schmitt compreende o processo parlamentar como irracional, produto de negociações partidárias, em defesa de grupos e de interesses que dominam o pensamento individual parlamentar⁶⁷⁶. Assim, em suas obras, o potencial representativo do Legislativo concebido pelo liberalismo novecentista é colocado em xeque, uma vez que se revelava incapaz de, em seu tempo e circunstância, solucionar os novos desafios e as agruras impostos ao Estado alemão e à sua população.

Sob essas bases, Carl Schmitt defende que a proteção da Constituição não pode ser realizada pelo Parlamento e, muito menos pelo Poder Judiciário. Para o autor, o Poder Judiciário é constituído por membros escolhidos através de critérios antidemocráticos, que representam interesses aristocráticos, distantes dos anseios sociais do povo alemão. Uma espécie de burocratas de toga.

O autor conclui que a guarda da Constituição deve ser mantida na esfera política. O direito não a precede. Contudo, ainda que no âmbito político, a tutela da Carta Constitucional deve ser promovida por alguém que represente a *res publica* de forma neutra, que seja efetivamente fiel às massas, voltado aos interesses de grupos e de partidos organizados. Um soberano que atue como comissário da vontade popular, com autoridade suficiente para decidir e promover as mudanças que o país necessitava, diante da situação excepcional e de forte instabilidade institucional posta. A própria Constituição de Weimar e muitas das normas originárias do século XIX que estavam conservadas no ordenamento jurídico alemão se revelavam incoerentes ou insuficientes para atender um contexto histórico completamente diverso.

Pode-se afirmar, portanto, que o Estado-poder, na visão de Carl Schmitt, em meados da década de 30 do século passado⁶⁷⁷, passa a ser estruturado em torno do Estado

⁶⁷⁶ Cf. CARL SCHMITT, *Teoria de La Constitución*, Alianza Editorial Textos, Madrid, 2009, p.270/302. Para LUÍS PEREIRA COUTINHO (“Os pressupostos do Conceito de Estado em Carl Schmitt – Do Direito ao Político”, In Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *Carl Schmitt Revisitado*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p.130), a concepção do direito para o pensamento de Schmitt, em meados da década de trinta do século passado, é no sentido de que “o Direito é aqui nada mais do que uma arma política”.

⁶⁷⁷ O autor CARLOS BLANCO MORAIS (“Decisão, Decisores e Decisionismo”, In Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *Carl Schmitt Revisitado*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 28/39) faz uma interessante análise em relação à evolução do pensamento e às fases distintas da obra de Carl Schmitt, dividindo-a em três partes. Em um primeiro momento, até meados de 1933; a segunda fase, durante o regime nazista e a terceira, desenvolvida no pós-guerra. Nessa linha de entendimento, destacando as diferenças no pensamento de Carl Schmitt de acordo com a evolução da sua obra e o passar do tempo, ver, também, LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os pressupostos do

administrativo e tem o Chefe do Poder Executivo como seu ator principal. Trata-se da figura do *Führer*. Ademais, a sua teoria normativa e a sua concepção de tutela da Constituição está intimamente relacionada com a ideia de estado de exceção constitucional. Não à toa, o fundamento do modelo teórico desenvolvido por Schmitt provém do artigo 48, número 2, da Constituição de Weimar de 1919⁶⁷⁸.

Na construção de Estado e de Constituição desenvolvida, nesse período, por Carl Schmitt exsurge um estado de constitucionalidade atípico que admite a sobreposição do administrativo sobre as leis e, ainda mais, sobre os próprios direitos fundamentais, que podem ser inclusive obstados. Afinal, vigoram tempos de necessidade, de emergência e de excepcionalidade, dominados pela presença constante de tensões políticas na sociedade e pelas figuras do amigo e do inimigo, em contraponto⁶⁷⁹. O doutrinador se opõe à suposta racionalidade e ética do mercado, dos contratos bilaterais e dos acordos razoáveis sustentados pelo liberalismo, tampouco concorda com a ideia em torno da obtenção do convencimento pelo mero uso do diálogo e da argumentação entre as partes. Dessa feita, nos casos de dúvidas constitucionais, que inevitavelmente ocorrem no convívio em comunidade, quem deve decidilas é o *Führer* ou, melhor dizendo, o ditador. Não há espaços para deliberações dialéticas parlamentares. Carl Schmitt defende os paradigmas da decisão soberana e do protagonismo da política sobre o jurídico e se contrapõe a Kelsen, ao afirmar que, nos casos excepcionais, a existência do Estado é superior ao Direito e à validade das normas. Nessas hipóteses, as decisões soberanas do *Führer* se liberam da obrigação normativa, de modo que as normas se reduzem a quase nada. Em assim procedendo, Schmitt rechaça o positivismo normativo e o decisionismo judicial⁶⁸⁰ e formula o seu modelo próprio de Estado, de Constituição e de Poder Constituinte. Ocorre que ao fazê-lo, abre as portas para o emprego da sua teoria pelos regimes totalitários que encontram nas suas teses os fundamentos de que necessitavam para instituírem as ditaduras que pretendiam.

Hans Kelsen, de outro giro, opôs-se às teorias de Estado, de Direito e de Constituição

Conceito de Estado em Carl Schmitt – Do Direito ao Político, op. cit., p. 121/132.

⁶⁷⁸ O artigo 48, número 2 da Constituição de Weimar previa que: “Cuando en el Reich alemán se encuentren gravemente alterados o amenazados, el orden y la seguridad públicos, el Presidente del Reich puede adoptar aquellas medidas (*massnahmen*) que resulten necesarias para su restablecimiento, acudiendo a la fuerza armada si fuera preciso. A este fin, cabe suspender provisionalmente, em todo o em parte, los derechos fundamentales establecidos em los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 de la Constitución”.

⁶⁷⁹ Cf. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, “*A ditadura em Carl Schmitt*” In Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *Carl Schmitt Revisitado*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 23/24.

⁶⁸⁰ Cf. CARLOS BLANCO MORAIS, “*Decisão, Decisores e Decisionismo*”, op. cit., p. 28/39.

apresentadas por Carl Schmitt. Se o momento era de falência da forma constitucional de Estado, tal como concebido ao longo do século XIX, o caminho a ser seguido não passava pela ruptura constitucional, mas sim pela sua reestruturação.

Assim, Hans Kelsen desenvolve a concepção de Estado, de Direito e de Constituição por meio da sua teoria pura do direito⁶⁸¹. Defensor da ciência dogmática do direito, construída sob os pilares do positivismo e da ideia formalista de validade das normas jurídicas, o autor austríaco rechaça o constitucionalismo essencialmente dependente de uma ordem sociológica, funcional e/ou moral. Para a sua existência, a ordem jurídica positiva não se sujeita aos fenômenos sociais e à sua consonância ou não a valores morais absolutos. Primeiramente, porque inexistente uma única Moral. E, em segundo, porque essa avaliação não recai sobre a ciência jurídica. Ciência jurídica essa que, concebida como uma ciência dogmática positivista, não tem que aprovar ou desaprovar, sob o ponto de vista ético, os seus objetos, mas apenas e tão somente tem de conhecê-los e descrevê-los⁶⁸².

O doutrinador austríaco ressalta a importância do Parlamento na lógica do sistema jurídico por ele proposto, diferentemente do posicionamento de Schmitt. Dessa maneira, Kelsen entende que o Parlamento promove a construção da vontade normativa do Estado, por meio de um órgão colegiado eleito pela população, através do sufrágio, de cunho essencialmente democrático e pluralista. O Legislativo, portanto, é visto como um instrumento crucial para a produção da ordem estatal. Para Kelsen, as críticas tecidas em desfavor do Parlamento refletem o espírito da burguesia da época, assustada e com receio de perder o seu poder, diante da ascensão dos grupos proletários fortalecidos após a Primeira Guerra Mundial⁶⁸³.

Na construção jurídico-dogmática de Kelsen as normas não se encontram todas no mesmo plano. Há uma norma superior e fundamental que regulamenta o conjunto sistêmico constitucional, responsável pela identidade e pelo alinhamento do Estado ao Direito. Aliás, é

⁶⁸¹ Para CARLOS MIGUEL HERRERA (*La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*. Disponível em: <<http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article>>. Acesso em: 04.05.2017), as críticas tecidas em desfavor da obra de Hans Kelsen possuem como denominador comum o fato de todas elas interpretarem a obra kelsiana como uma teoria extremamente formalista, incapaz de atender aos fenômenos reais da vida do direito. A Teoria Pura do Direito de Kelsen é vista como um desdobramento do legado deixado por Paul Laband e por sua teoria dualista.

⁶⁸² Na concepção de HANS KELSEN (*Teoria Pura do Direito*, 7ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2008, p. 77/78), embora as prescrições de dever-ser constituam valores, o papel da ciência jurídica não é promover as suas valorações. Para o autor, “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”.

⁶⁸³ Cf. CARLOS MIGUEL HERRERA (*La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*, op. cit., p.120).

essa norma fundamental que define o Estado como tal⁶⁸⁴ e em relação a ela a função legislativa deve obediência. Assim, não há antítese entre o político e o jurídico, uma vez que ambos encontram-se vinculados por meio da própria Constituição.

O ordenamento jurídico positivo, inaugurado pela Constituição, assenta-se em um dever-ser inaugural e abstrato, intitulado pelo autor como a norma hipotética fundamental de uma ordem jurídica que se revela complexa e escalonada por uma cadeia lógica de validades. Trata-se do ponto de partida de um processo de criação do direito positivo. Da norma pressuposta que fundamenta a instância constituinte superior (e, por decorrência, todo o sistema normativo que dela decorre), a qual se encontra posicionada na escala mais elevada do sistema⁶⁸⁵.

No entanto, há situações em que violações ao texto constitucional são cometidas. Nessas hipóteses têm-se as invalidades, as quais devem ser analisadas e declaradas por um Tribunal. Para tanto, Kelsen retoma a ideia em torno dos “Tribunais de Estado” existentes na Alemanha no período novecentista e os transmuta, criando o “Tribunal Constitucional”, a quem compete à responsabilidade de defender a Constituição. É no âmbito do Tribunal Constitucional que as questões de Estado relativas à sua unidade são tratadas⁶⁸⁶.

A intervenção dos Tribunais, portanto, não deixa de ser uma garantia para a preservação da vontade do Legislador Constituinte⁶⁸⁷. Não por acaso, o Tribunal Constitucional visualizado por Hans Kelsen possui constituição e procedimentos específicos, se comparados aos demais órgãos jurisdicionais, já que os desacordos que lhe são apresentados são de uma ordem superior, na medida em que comprometem a própria subsistência do sistema estatal concebido como um conjunto integrado, dotado de unidade e de coerência normativa.

Segundo o doutrinador austríaco, a qualidade democrática desse Tribunal encontra amparo na própria Constituição, que o distingue do Parlamento e do Governo e densifica a sua estruturação profissional, ainda que os seus integrantes não sejam submetidos ao pleito eleitoral majoritário.

⁶⁸⁴ Cf. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., p. 313.

⁶⁸⁵ Cf. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., p. 221.

⁶⁸⁶ Cf. MARIA LÚCIA AMARAL, “Revisitar Carl Schmitt: a defesa da Constituição”, In Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *Carl Schmitt Revisitado*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 143.

⁶⁸⁷ Cf. HANS KELSEN, *Jurisdição Constitucional*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 139/140.

Por meio das decisões do Tribunal Constitucional, as leis e os atos inconstitucionais devem ser anulados, em caráter geral, uma vez que estão em desacordo com o sistema constitucional. Ao determinar que as leis e os atos se subordinem à Constituição, o Tribunal Constitucional exerce uma função de “legislador negativo”. No entender de Kelsen, uma lei parlamentar e uma decisão judicial encontram-se no mesmo plano político-jurídico, uma vez que todo desacordo jurídico-constitucional também não deixa de ser um conflito de interesses e de poder⁶⁸⁸. A diferença entre elas é meramente quantitativa.

Assim, sem maiores delongas a respeito do mérito de cada uma das teorias constitucionais desenvolvidas por Carl Schmitt e por Hans Kelsen, para o objeto do presente enfrentamento o que interessa é a identificação do debate por eles travado em torno da legitimidade da Justiça Constitucional. E, as objeções teóricas à supremacia judicial são múltiplas, de diferentes matizes, não se restringindo a Carl Schmitt.

Os críticos da legitimidade da Justiça Constitucional ponderam que as sociedades democráticas modernas são repletas de desacordos morais razoáveis. Para a definição de um agir coletivo, mesmo diante de tais desacordos, exige-se do Estado uma estrutura institucional com autoridade, capaz de debater todas essas ideias heterogêneas para que, ao final, as decisões sejam tomadas e todos saibam como se posicionar diante de situações, muitas delas ensejadoras de significativas controvérsias de caráter moral, religioso e social. A liberação do aborto; as pesquisas científicas mediante a utilização de células-tronco e o casamento entre pessoas do mesmo sexo são apenas alguns desses exemplos. Logo, o local adequado para que os desacordos morais razoáveis sejam deliberados, no entender desses pensadores, é o Parlamento⁶⁸⁹.

Isso porque o Parlamento é composto por um número muito maior de membros do que os Tribunais Constitucionais e, por conseguinte, possui uma representatividade mais significativa da sociedade⁶⁹⁰. Para tanto, é preciso que a Casa Legislativa esteja em condições de funcionamento, incluindo um corpo de legisladores eleitos pelo sufrágio universal e que seja efetivamente representativo da maioria da população, para que discordâncias de boa-fé

⁶⁸⁸ Cf. HANS KELSEN, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 124/126.

⁶⁸⁹ Cf. JEREMY WALDRON, “A essência da oposição ao judicial review”, In Antonio Carlos Alpino Bigonha, Luiz Moreira (Orgs.), *Legitimidade da jurisdição constitucional*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, 112/115.

⁶⁹⁰ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros, enquanto o Congresso Nacional é composto por 513 (quinhentos e treze) Deputados Federais e 81 (oitenta e um) Senadores, totalizando 594 (quinhentos e noventa e quatro) membros.

em relação aos direitos possam ser travadas em profundidade⁶⁹¹.

De outro lado, argumentam que é impossível que não existam discórdias de ideias entre um número tão elevado de pessoas, posto que, em tese, cada uma delas representa opiniões dos mais diversos segmentos sociais. Mas complementam dizendo que os desacordos não ocorrem com exclusividade no Poder Legislativo, pois não são raras as dissidências nos Tribunais, demonstradas pela exacerbada quantidade de votos divergentes.

Se os conflitos constituem uma decorrência natural do debate de pensamentos, em geral, nos países democráticos, eles são decididos segundo o critério majoritário. A regra majoritária empregada para a obtenção de consensos políticos não tem como assegurar que a melhor decisão foi escolhida, mas é fundamental, pois confere à escolha legitimidade. De outro lado, também não se pode afirmar que as decisões majoritárias significam que a vontade geral será sempre arbitrária ou que haverá uma tirania da maioria. Não se pode presumir má-fé dos agentes políticos, somente porque se contrapuseram a uma opinião. É possível que a opinião minoritária possa estar equivocada. Ademais, se os desacordos existentes no Parlamento são decididos em conformidade com o critério majoritário, da mesma forma o são nos Tribunais Constitucionais. A distinção entre a legislação e as decisões judiciais é de natureza representativa e não de método decisório⁶⁹².

Além de divergirem entre si, os juízes, assim como os legisladores, são influenciados, direta ou indiretamente, por diversos atores políticos, a exemplo de partidos políticos, movimentos sociais e grupos de pressão⁶⁹³. Ao longo do tempo, esse contato, que é inevitável na arena pública, interfere no modo como os magistrados enxergam o próprio direito⁶⁹⁴. Ocorre que esse processo, até mesmo involuntário, faz com que os juízes profiram os seus

⁶⁹¹ Cf. JEREMY WALDRON, “*A essência da oposição ao judicial review*”, op. cit., p. 105/106.

⁶⁹² Cf. CONRADO HUBNER MENDES, *Controle de constitucionalidade e democracia*, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2008, p. 90/93.

⁶⁹³ Sobre o tema, ver JACK BALKIN, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, Cambridge, 2011 e REVA SIEGEL, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The case of the fact ERA*, California Law Review, nº 94, 2006, p. 1323/1419.

⁶⁹⁴ Chamou a atenção, no cenário brasileiro, o voto proferido pelo Min. Luiz Fux, no Recurso Ordinário nº 15.429/2014, Rel. Min. Henrique Neves, julgado em 11.09.2014, no Tribunal Superior Eleitoral. A demanda versava sobre a viabilidade ou não de se realizar o registro de candidatura de um candidato ao governo do Distrito Federal, o qual havia sido condenado em segunda instância por ato de improbidade administrativa. O Tribunal Superior Eleitoral entendeu, por maioria dos seus membros, que o registro de candidatura deveria ser indeferido, com base na denominada “Lei da Ficha Limpa”. Sem adentrar no mérito da decisão, que foge ao tema da presente investigação, o que merece destaque é o fato de o Min. Luiz Fux registrar, no seu voto, que os juízes, ao proferirem os seus julgamentos, devem ser sensíveis aos movimentos sociais e que, no caso em exame, a referida “Lei da Ficha Limpa” havia sido resultado de uma iniciativa popular que obteve cerca de 1,6 milhão (um milhão e seiscentos mil) de assinaturas. Logo, tratava-se de uma demanda da sociedade civil que não poderia ser desconsiderada.

julgamentos baseados não apenas nos parâmetros legais, mas também influenciados por critérios morais, sociais, econômicos e, ainda, políticos⁶⁹⁵. A questão é que dificilmente essa situação é exposta de forma transparente à sociedade. O argumento jurídico, não raras vezes, serve de “fachada” para justificar preferências ideológicas e percepções subjetivas dos julgadores. Esse fenômeno se verifica com mais intensidade nas pretensões jurídicas baseadas em prescrições com maior abertura semântica, dotadas de conceitos indeterminados e/ou valorativos.

E prosseguem. Existem casos em que os Representantes do Poder Legislativo podem se equivocar ao votarem as leis, criando regramentos formal ou materialmente inconstitucionais, mas os Juízes também falham, pois a falibilidade é inerente ao ser humano⁶⁹⁶.

De outro lado, existem agentes políticos que praticam, intencionalmente, abusos de poder, decidindo em conformidade aos seus interesses pessoais e não em prol do interesse público. Mas esse comportamento constitui a exceção e não a regra. Há a necessidade de se confiar nas pessoas que detêm mandatos eletivos, de se pressupor que os mesmos agem de boa-fé e com responsabilidade. Ademais, os Magistrados não são “deuses do Olimpo”, incapazes de prevaricar⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ A autora MARIA TEREZA SADEK (*Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política*, In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 20/21) traz interessante pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, entre os anos de 2004 a 2006, com o objetivo de apurar os parâmetros levados em consideração pelos juízes, no momento em que proferem os seus julgamentos. Dos juízes de 1º grau consultados, 86,5% (oitenta e seis vírgula cinco por cento) disseram que as suas decisões judiciais orientam-se em parâmetros legais; 80,3% (oitenta vírgula três por cento) deles informaram que consideram, ainda, as consequências sociais no momento de decidir e 37,3% (trinta e sete vírgula três por cento) relataram relevar as consequências econômicas. Ao perguntar aos Ministros do Supremo Tribunal Federal se “ao julgar, o juiz deve levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade”, 06 (seis) dos seus integrantes responderam que sim, 01 (um) respondeu que não e os demais não quiseram se manifestar. No Superior Tribunal de Justiça, 20 (vinte) ministros responderam que sim, 06 (seis) responderam negativamente e 07 (sete) não opinaram.

⁶⁹⁶ Um exemplo comumente citado pelos adeptos dessa linha de pensamento refere-se ao *leading case* *Lochner v. People of State of New York*, de 17.04.1905, em que a Suprema Corte Americana invalidou leis que visavam limitar a liberdade contratual em prol da garantia dos direitos à saúde e dos trabalhadores. Nesse julgamento, a Corte Constitucional Americana declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da lei de trabalho do estado de Nova York, os quais proibiam os empregadores de manter, em padarias, seus funcionários laborando por mais de 60 (sessenta) horas por semana ou 10 (dez) horas por dia. A Suprema Corte entendeu que o Estado não poderia interferir na liberdade contratual, não havendo motivos razoáveis de proteção à saúde que justificasse a referida intervenção, declarando a inconstitucionalidade dos enunciados normativos. Para ver detalhes sobre esse precedente judicial, ver JANE REIS GONÇALVES PEREIRA, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 59/61.

⁶⁹⁷ Para MARCELO CASSEB CONTINENTINO (*Quem deve 'Velar na Guarda da Constituição'?*). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mar-23/observatorio-constitucional-quem-velar-guarda-constituicao>>. Acesso em: 11.04.2018.), tanto o Legislativo quanto o Judiciário são compostos por homens que são falíveis e corruptíveis. Nesse sentido, não é possível afirmar, aprioristicamente, que os juízes atuam com

Diante dessas considerações, o questionamento que os defensores dessa posição dogmática fazem é o seguinte: Se os desacordos existem sempre; se as interferências e as dificuldades práticas são as mesmas para parlamentares e juízes e se o critério a ser por eles utilizado é o majoritário, por que o Parlamento, órgão com legitimidade democrática indiscutível, não pode dar a última palavra, ao invés do Tribunal Constitucional? Por que os Juízes decidirão melhor do que os Legisladores? Por que a discricionariedade dos Juízes deve prevalecer sobre a discricionariedade dos Parlamentares?

Segundo Mark Tushnet, para exterminar o risco de tensão entre as forças políticas dotadas de representatividade democrática majoritária e a Justiça Constitucional basta que se elimine o poder dos juízes⁶⁹⁸ ou, de forma menos radical, que faça com que eles desempenhem as suas funções por meio de controles fracos de constitucionalidade⁶⁹⁹.

Por sua vez, Jeremy Waldron sustenta que os desacordos constitucionais, inevitáveis nas sociedades pluralistas modernas, devem ser arbitrados pelo Parlamento⁷⁰⁰. Nessa conformidade, é natural que as pessoas, ainda que bem intencionadas e bem informadas, discordem sobre o conteúdo dos direitos; sobre os direitos constitucionais que devem ser atendidos prioritariamente e sobre a forma de divisão das rendas e das riquezas produzidas no país, por exemplo. Em seu entender, para arbitrar esses conflitos, a maioria da população, no processo de participação política, conferiu autoridade ao Legislativo, para que esse, em seu nome, defina o conteúdo e o alcance de tais direitos. Aliás, essa seria a forma mais igualitária e digna para tratar os indivíduos. Considerar, de forma isonômica, as suas respectivas participações no processo político e permitir que os seus representantes diretos decidam os desacordos constitucionais por meio de tomada de decisões, conforme a regra majoritária. Desse modo, a obediência à decisão tomada pela maioria não garante, necessariamente, maior

mais racionalidade e de forma mais adequada que os legisladores.

⁶⁹⁸ Cf. MARK TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Harvard University, Cambridge, 1999, p. 154/176.

⁶⁹⁹ Cf. MARK TUSHNET, *Weak Courts, strong rights: judicial review and socialwelfre rights in comparative constitutional law*, Cambridge University, New York, 2006, p. 43/76. Nesta obra, o autor apresenta uma posição menos radical em relação à intervenção judicial, defendendo que a sua realização ocorra por meio de um controle fraco de constitucionalidade.

⁷⁰⁰ Para JEREMY WALDRON (*Derechos y Desacuerdos*, op. cit., p. 337), os conflitos de direitos fundamentais em si não existem e, portanto, sequer precisam ser analisados pelo Judiciário. O que ocorre é que os direitos invocados por uma minoria não possuem o conteúdo e o alcance atribuídos por ela. Nesse caso, baseado na teoria da autoridade por ele proposta, o Parlamento é quem tem legitimidade para delimitá-los. De igual forma, JEREMY WALDRON (*A dignidade da legislação*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 02/03) concebe o processo de legislação na sua melhor forma, no qual representantes da sociedade se unem para reconhecer abertamente as diferenças de opiniões e estabelecer medidas que sejam comuns, em nome de toda a população.

acerto em relação à escolha tomada, mas lhe confere legitimidade. Significa dizer que o povo, mediante um acordo explícito, consentiu em formar um corpo político único, por meio de uma assembleia popular representativa, dotada de autoridade suficiente para buscar acordos em relação às questões controversas. Em nome do agir coletivo e com o objetivo de obter a estabilidade social a população aceita submeter-se às determinações estabelecidas pelo Parlamento. Trata-se de um acordo moral que visa delegar as decisões sobre os desacordos ao órgão máximo representativo da sociedade. Ao assim proceder, as pessoas passam a ser as criadoras e, ao mesmo tempo, as destinatárias finais do sistema político, caracterizado por um procedimento capaz de assegurar a igualdade da sua participação. A legitimidade das decisões em relação aos desacordos provém justamente do procedimento adotado e não do resultado alcançado por intermédio das escolhas políticas.

Para os defensores das correntes que se opõe à supremacia judicial, a probabilidade de que os detentores de mandatos eletivos exerçam tal múnus adequadamente é maior do que os membros do Poder Judiciário, pois os primeiros têm muito mais a perder, caso assim não ajam, uma vez que podem não se manter no poder, com as próximas eleições.

A maior objeção quanto à legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais decorre exatamente disso. Os Ministros não são eleitos pelo povo e, por não deterem mandato popular, os seus membros não são escolhidos de forma a assegurar a igualdade de participação no processo político, além de não se submeterem a controles periódicos de aferição das suas atuações, próprios da democracia representativa. O processo legislativo é mais transparente, acessível e desprovido de tecnicismos. Ademais, os mandatos temporários dos membros do Legislativo permitem a renovação de pessoas e de pensamentos, caso as atuações funcionais não atendam às expectativas dos cidadãos. A estabilidade dos Ministros em ordenamentos constitucionais como o Brasil e os Estados Unidos configura um grave obstáculo a essa salutar alternância vislumbrada nos demais poderes.

Assim, o risco democrático de depositar aos Tribunais Constitucionais o poder de rever as opções políticas feitas pelos representantes eleitos é alto demais e não constitui a melhor escolha. Elster⁷⁰¹ sustenta “que as sociedades não podem depositar suas vontades em estruturas que escapam ao seu controle”. Isto porque as Cortes Constitucionais são compostas

⁷⁰¹ Cf. JON ELSTER, *Solomonic Judgements. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge, University Press, 1989, p.196. O autor trata das relações entre a democracia e o constitucionalismo como institutos de autodeterminação popular e de autolimitação popular, respectivamente.

por um número pequeno de membros, provenientes de uma elite social⁷⁰², sendo impossível que os Ministros possam representar toda a heterogeneidade da sociedade. A burocracia procedimental inerente às demandas judiciais também são fatores que prejudicam o livre debate de ideias. O Parlamento, de outro lado, consegue, em face das suas regras menos formais e da grande quantidade de seus componentes, atuar com mais liberdade e de forma mais representativa. Ademais, o descumprimento dos compromissos assumidos gerará consequências nas eleições seguintes.

Os Poderes Legislativo e Executivo e o próprio povo que os elege têm total condição de tomar as suas decisões e de formar um corpo institucional que congregue a vontade geral, sem que seja necessário haver a judicialização da política. Se os cidadãos entenderem que a atuação de seus candidatos não se demonstrou satisfatória, nas próximas eleições, não mais os reconduzirão aos seus cargos, pois o povo não vota em quem não confia. Para Jeremy Waldron, o direito à participação política caracteriza o direito dos direitos, sendo o Parlamento o centro da deliberação democrática e da tomada de decisões por meio das leis⁷⁰³. O doutrinador menciona que ao não confiarmos nos agentes escolhidos pela sociedade, não estamos confiando em nós mesmos e nas nossas capacidades de escolhas, advertindo que a não concordância com uma determinada opinião não significa que a decisão prevalecente tenha sido irresponsável ou abusiva⁷⁰⁴.

Para Larry D. Kramer, a Constituição Federal norte-americana não foi concebida pelos *founding fathers* para os juízes e às Cortes. O objetivo principal da sua criação foi oferecer à população uma ferramenta que viabilizasse o controle do poder, e que pudesse ser exercida pelos próprios cidadãos⁷⁰⁵. O *judicial review* constitui um controle absolutamente excepcional, cabível apenas nas hipóteses em que as inconstitucionalidades se revelarem

⁷⁰² O autor DIEGO WERNECK ARGUELHES (*O Supremo que não erra In* Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (Orgs.), *A razão sem voto: Diálogos com Luís Roberto Barroso*, 1ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2017, p. 61/81) apresenta um interessante estudo produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual possui relação com a temática em torno da representatividade da população perante os magistrados brasileiros. Segundo o último Censo do Poder Judiciário, somente 14,2% (quatorze vírgula dois por cento) dos juízes no Brasil são pardos, 1,4% (um vírgula quatro por cento) são negros, sendo que mais de 82% (oitenta e dois por cento) dos magistrados são brancos. Em contraponto, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE informou em 2017 que, por meio de pesquisas realizadas no ano anterior, a população de brancos no Brasil é de 44,2% (quarenta e quatro vírgula dois por cento), enquanto a de pardos é de 46,7% (quarenta e seis vírgula sete por cento) e de negros de 8,2% (oito vírgula dois por cento). Disponível em: <<http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/pnad - c-moradores.html>>. Acesso em 11.05.2018.

⁷⁰³ Cf. JEREMY WALDRON, *A right – based critique of constitutional rights*, Oxford Journal of Legal Studies, nº 01, 1993, p. 13.

⁷⁰⁴ Cf. JEREMY WALDRON, *Derechos y Desacuerdos*, op. cit., p. 22.

⁷⁰⁵ Cf. LARRY D. KRAMER, *The Supreme Court 2000 Term – Foreword: we the Court*, 115 Harvard Law Reviw, nº 4, 2001, p. 09

manifestamente evidentes⁷⁰⁶. Por sua vez, a eventual fiscalização desenvolvida pela Justiça Constitucional não está acima das demais formas de controle, ou seja, não constitui a única e/ou a última palavra, tampouco pode ser exercida desprovida de limites. Para o autor, violações ao equilíbrio entre os poderes pela Suprema Corte devem ter consequências, ainda que não o sejam aplicadas pela população diretamente. Para tanto o sistema deve dispor de mecanismos políticos, tais como o impeachment dos integrantes da Corte Constitucional e a possibilidade de descumprimento das suas decisões pelo Presidente da República e pelo Legislativo. No entendimento de Kramer, o emprego desses institutos não provocaria conflitos institucionais, mas sim os preveniriam, forçando os juízes a atuarem de forma mais contida e respeitosa com relação aos demais poderes estatais.

Nesse diapasão, as correntes dogmáticas que se opõem à supremacia judicial podem assumir diversos matizes. No entanto, em seu âmago, sustentam que as construções jurídicas feitas pela Jurisdição Constitucional podem resultar em uma subversão do sistema democrático, uma vez que as decisões políticas fundamentais devam ser tomadas, como regra, pelos agentes eleitos, resguardando-se a fundamental igualdade de participação entre todos no processo político da comunidade. A intervenção judicial não pode ultrapassar os limites inerentes ao princípio da separação dos poderes. Os Poderes Legislativo e Executivo é que têm a atribuição de criar e de executar políticas públicas, bem como de dispor sobre os desacordos constitucionais. Destarte, não é legítimo à Justiça Constitucional substituí-los nesse mister, revendo, muitas vezes, as opções políticas ao seu alvedrio, sob a justificativa de que está, apenas, restringindo-se a interpretar o texto constitucional⁷⁰⁷.

Diante de tais argumentos, diferentes contra-argumentos têm sido oferecidos, com os quais concordamos. Sem a pretensão de esgotar o tema, alguns deles serão esboçados no próximo item.

⁷⁰⁶ Cf. LARRY D. KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and review*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 92/96.

⁷⁰⁷ O autor ROBERTO GARGARELLA (*La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 59/60) aduz que: “As principais críticas ao caráter contramayoritário do poder judiciário nascem, ao menos em boa medida, quando se abre (o que poderíamos chamar) de brecha interpretativa. É dizer, acusa-se o poder judiciário de adentrar em campos que deveriam corresponder aos cidadãos, ou aos seus representantes. Agora adverte-se algo que antes, por alguma razão, não advertia-se claramente: através de sua inevitável tarefa interpretativa, os juízes terminam, silenciosamente, tomando o lugar que deveria ocupar a vontade popular. Justamente em razão deste fato, muitos dos que hoje querem seguir defendendo a legitimidade da tarefa de revisão judicial procuram fazê-lo por meio de argumentos capazes de ‘fechar’ tal ‘brecha interpretativa’. A estratégia que se adota, portanto, é a seguinte: demonstrar que existem formas mais ou menos óbvias – e não arbitrárias – de interpretar a Constituição e as leis em geral, para depois afirmar que os juízes ‘não governam’ nem substituem os legisladores, apenas ‘simplesmente’ dão conta do significado do texto fundamental”.

6.2.3 Legitimidade da Jurisdição Constitucional: posições favoráveis

O Estado de Direito surgiu com o objetivo de promover a limitação do poder estatal, bem como de salvaguardar um núcleo de valores prioritários do ser humano, denominados de direitos fundamentais. Diferentemente do ideal liberal, o Estado Social busca resguardar não somente a liberdade, a segurança e a propriedade do indivíduo, como também almeja promover a sua igualdade material e lhe proporcionar uma vida digna. Para tanto, há necessidade de se reavaliar o papel do Estado, a fim de que o Poder Público desempenhe os compromissos constitucionais assumidos perante a sociedade, através do cumprimento dos seus deveres de respeito, de proteção, mas também de promoção.

Assim, fiscalizar o poder estatal passa a ser uma tarefa ainda mais árdua, uma vez que não basta frear a sua atuação nos casos em que o Estado extrapola, agindo quando deveria abster-se. O controle do poder estatal faz-se necessário também nos momentos em que o Estado se omite, embora tivesse a obrigação de agir.

Para a adequada manutenção da coerência e da unidade sistêmica do Estado Democrático de Direito, rediscute-se o princípio da separação dos poderes e os mecanismos de controle do poder estatal. Desse debate, surge o modelo de jurisdição constitucional, com o intuito de assegurar, com maior efetividade, o respeito aos direitos enunciados pelo Poder Constituinte Originário. Há países, por sua vez, em que ainda vigora a supremacia do Parlamento, cabendo ao povo em última instância, realizar o controle do poder estatal, ao eleger os seus membros. Entretanto, para a corrente dogmática que defende a intervenção da jurisdição constitucional, a sua atuação não é só legítima como constitui o melhor mecanismo para a obtenção do equilíbrio e do controle dos poderes estatais.

E justificam. Por mais que os membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo sejam eleitos diretamente pelo povo, devendo representá-los, fato é que, nem sempre, os interesses defendidos correspondem ao anseio popular de quem os elegeu. O ser humano não é uma máquina que possa ser programada a percorrer determinado trajeto, indiscriminadamente. Ele pode desviar-se do caminho, pensar em si antes de pensar naqueles que representa. Tais comportamentos desviantes são minoritários, mas existem. É evidente que a premissa baseada na confiança de que os representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo irão representar os interesses de seus eleitores, de que não irão aniquilar os direitos

daqueles que não compactuam com suas ideias deve, de fato, ser a prevalecente. Contudo, é necessário ter cautela para que essa ideia pressuposta não se transforme em uma concepção absoluta e, por via de consequência, utópica, dissonante da realidade prática⁷⁰⁸.

Não se questiona que no plano ideal o comportamento dos representantes eleitos e das instituições deve ser voltado para a realização de resultados em benefício do interesse público. Contudo, isso nem sempre ocorre como o planejado, haja vista a frequente possibilidade de cooptação dos agentes políticos pelos grupos de interesse mais bem estruturados. Essas agremiações que se aglutinam em torno de objetivos específicos são capazes de direcionar as escolhas estatais a ponto de favorecer exclusivamente os seus interesses de grupo.

Acrescido a esse fenômeno e como já visto em passagem anterior, o sistema político, no contexto brasileiro, tem outras peculiaridades que não podem ser ignoradas. A busca pela governabilidade no Presidencialismo de coalizão incentiva a associação de inúmeros partidos, independentemente das suas afinidades ideológicas e programáticas. O problema é que há lacunas sistêmicas que permitem que a luta pela construção da maioria possa ser feita em bases patrimonialistas, dando margem para comportamentos deletérios. Tais práticas, comuns no território nacional, não são exclusividades do Brasil. De modo que a confiança do eleitor em seus representantes, muitas vezes, pode ser abalada e o sistema precisa dispor de mecanismos para coibir tais comportamentos.

Para exemplificar, pensemos em um contrato de natureza sinalagmática, em que um cidadão compromete-se a cuidar de um imóvel pertencente a outrem, pelo período de quatro anos, mediante o recebimento de uma determinada quantia, paga, à vista. Aquele que se comprometera a efetuar o pagamento cumpre com a sua promessa, nos exatos termos do que fora avençado, confiando que o seu bem será resguardado nos próximos anos. Por outro lado, o indivíduo que recebeu a quantia não cuida do imóvel, sendo constatada a prática de avarias em seu interior. Tal comportamento descumpra o acordo firmado pelas partes e frustra as expectativas daquele que adimpliu com todas as condições pactuadas. Para inibir casos como

⁷⁰⁸ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 146/147. Os autores NELSON NERY JUNIOR e ROSAMARIA DE ANDRADE NERY (“Notas sobre a Administração Pública. O Poder Público na Constituição Federal”, In George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Junior (Coords.), *Crise dos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 907/929) consideram como direito fundamental do cidadão exigir que o Poder Público atue com boa-fé objetiva e subjetiva e não cometa arbitrariedades no exercício das suas funções. Contudo, entendem que embora exista esse direito fundamental não positivado em nosso ordenamento jurídico constitucional, o seu cumprimento não tem sido observado na prática, tal como se espera.

esse, o sistema jurídico prevê a responsabilização da parte inadimplente, a qual pode ser compelida, pelo Juiz, a realizar os reparos necessários à conservação do imóvel, antes do término do prazo contratual ou, então, a devolver de forma atualizada o dinheiro recebido e a retirar-se do bem. Aguardar o decurso dos quatro anos para a adoção de providências pode resultar em danos irreparáveis ou de difícil recuperação.

Deixar que o Parlamento legisle e o Governo administre livremente, ainda que contrariamente à Constituição Federal, significa, *mutatis mutandis*, deixar o contratante inadimplente impune do ato abusivo que praticou.

Alguns podem ponderar que o exemplo acima não é compatível, pois os Poderes Legislativo e Executivo podem ser controlados por eles próprios e, em última instância, pelos cidadãos, durante os pleitos eleitorais, de modo que os seus membros não agiriam livremente, tampouco estariam isentos de responsabilização. Porém, deve-se frisar que é pouco provável que esses agentes queiram e consigam se autofiscalizar. E, ainda que o quisessem, o que, francamente, não nos parece usual, uma vez que não é comum ao ser humano olhar para si e apontar os seus defeitos, ainda assim é absolutamente questionável se eles conseguiriam fazê-lo de maneira imparcial.

Parece ser mais fácil a constatação das falhas quando essas são praticadas por terceiras pessoas. E isso porque a visualização do problema na qualidade de espectador permite a sua feitura de maneira mais isenta e transparente. É justamente por essa razão que o sistema proíbe o exercício arbitrário das próprias razões, por exemplo. A violação ao direito de alguém deve ser analisada e resolvida pelos órgãos estatais, sendo defeso ao indivíduo, salvo em caráter excepcional, praticar justiça com as próprias mãos. Situações análogas, mas não do âmbito jurídico, podem ser constatadas quando empresas contratam auditorias externas, no intuito de apurarem irregularidades internas ou, até mesmo, quando os indivíduos decidem procurar os serviços de um psicólogo ou de um psiquiatra, por sentirem-se inaptos a se autoanalisarem.

Não obstante, partindo-se da premissa de que o membro do Poder Legislativo ou do Poder Executivo quisesse se autoavaliar e conseguisse fazê-lo de maneira imparcial, será que ainda assim eles o fariam? Não se deve deixar de considerar que os representantes eleitos assumiram, ao menos em tese, um compromisso perante os seus eleitores, e em decorrência disso é que foram eleitos. Ou seja, suas atuações nunca serão imparciais. O problema surge quando determinada promessa eleitoral, amplamente aceita pelos eleitores, contraria direitos

fundamentais de uma minoria. Esperar e exigir que o representante contrarie as suas próprias promessas e frustre as expectativas de seus eleitores parece ser um tanto demasiado.

Em Portugal, no ano de 2002, a Assembleia da República editou o Decreto nº 18/IX/2002, o qual, em seu artigo 4º, nº 1, substituíu o rendimento mínimo garantido pelo rendimento social de inserção, alterando a titularidade do benefício que antes era destinado a jovens com idade superior a 18 anos para, então, ser pago apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos. Essa reforma, que promoveu uma diferenciação de tratamento entre jovens de faixas etárias distintas, foi implantada sem qualquer justificação objetiva, tal como insuficiência de recursos públicos ou a necessidade de substituição dos programas destinados à inserção, após a ocorrência de uma avaliação em relação à política pública. Ao contrário. A razão que ensejou a alteração legislativa foi de natureza ideológica. Durante a campanha eleitoral que antecedeu a aprovação da lei, debateu-se a ideia de que o recebimento de tais benefícios constituía um “estímulo à preguiça⁷⁰⁹”. Ao eleger os candidatos dos partidos que defendiam esse posicionamento, a maioria da população portuguesa assentiu com a sua concretização. Ocorre que o Tribunal Constitucional foi provocado pelo Presidente da República a se manifestar sobre a questão, o qual considerou que a medida era inconstitucional, sob o argumento de que o Estado não poderia revogar, sem substituição, normas fundamentais destinadas a garantir um mínimo de existência condigna ao cidadão.

Sem adentrar nos fundamentos que basearam a decisão, o que se pretende aqui é chamar a atenção para a importância do papel da Corte Constitucional Portuguesa, a qual, sem precisar atender aos interesses de um grupo em detrimento de outro, sem ter que se ater a qualquer posição ideológica, decidiu com isenção, baseando-se nos valores protegidos, ainda que implicitamente⁷¹⁰, na Constituição Federal.

E isso porque nem sempre a vontade da maioria que escolheu determinados representantes deve prevalecer. E se a vontade dessa maioria aniquilar a vontade de uma minoria? Tensões dessa ordem ocorrem com frequência, sendo a escravidão no Brasil e o extermínio de judeus com a ascensão do regime nazista, na Alemanha, alguns dos seus

⁷⁰⁹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, op. cit., p. 389. Sobre o Acórdão, ver ainda FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, Ed. Almedina, Coimbra, 2016, p. 56/57.

⁷¹⁰ É válido frisar que essa decisão considerou que o dispositivo impugnado violava “o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna” daqueles indivíduos que, a partir do novo regramento, completassem 18 anos. A garantia ao mínimo existencial não se encontra expressamente descrita na Constituição Federal Portuguesa.

exemplos mais dramáticos⁷¹¹. Com acerto, Jorge Reis Novais adverte que é justamente nos momentos de crise, em que uma posição não tem o apoio da maioria, que os direitos fundamentais se mostram ainda mais úteis⁷¹².

Embora o princípio majoritário seja constitutivo da democracia, ele não é a democracia em si. A ideia da democracia deriva do conjunto dos direitos do homem, vista sob uma concepção substancial, muito mais integrativa da comunidade do que uma concepção formal, estatística da maioria⁷¹³.

A democracia constitucional na obra de Ronald Dworkin avalia justamente essas questões. Para ele, o Estado de Direito deve estar comprometido com a garantia substantiva dos direitos, de modo que é cabível que sejam acrescidas, às regras formais, conteúdos valorativos, atrelados ao ideal de justiça⁷¹⁴. Essa nova concepção jurídico-política parte do pressuposto de que existem direitos e deveres morais que, apesar de nem sempre se encontrarem explicitamente consagrados no ordenamento, devem ser considerados pelos seus operadores. Nessa conformidade, os argumentos focados em princípios devem fundamentar a decisão política, em franca demonstração que a escolha pública respeitou o direito moral do cidadão, ainda que se trate da proteção de um direito contra a posição majoritária da sociedade. Trata-se, na sua concepção, de formular uma leitura moral da Constituição, de se conceber o direito como integridade.

De outro lado, Dworkin sustenta que, em caso de desvios, o sistema precisa contemplar mecanismos que coíbam a prática de inconstitucionalidades e defende o controle

⁷¹¹ Ao pontuar as razões pelas quais a decisão parlamentar não corresponde, obrigatoriamente, à vontade de todos, JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 177) faz a seguinte ponderação: “porque a experiência das sociedades democráticas mostra como grupos sociais de peso significativo ou minorias políticas, religiosas, sexuais, foram não apenas discriminadas de forma sistemática ao longo de anos, como permanecem, em grande medida, senão juridicamente privadas, pelo menos, na prática, deficitariamente representadas ou excluídas mesmo de qualquer representação significativa nas instituições parlamentares e, dessa forma, incapazes de exercer qualquer influência real em decisões que terão de ser necessariamente tomadas também em seu nome”.

⁷¹² Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 57. Nessa linha de entendimento, ver também ANTONIO MARTINS, *A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do estado e (in)constitucionalidade do OE 2014*, op. cit., p. 60. Em outra passagem, JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Fundamentais. Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 34) frisa que a sua tese não defende que os direitos fundamentais do indivíduo devam prevalecer sempre à vontade da maioria. Segundo o entendimento do doutrinador lusitano, em alguns momentos o direito fundamental resiste à vontade geral e outras vezes não.

⁷¹³ Cf. JOSÉ DE SOUSA e BRITO, “Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático”. In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 42/47.

⁷¹⁴ Cf. RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 25/26.

judicial, uma vez que não verifica qualquer óbice democrático à intervenção jurisdicional. Para ele, o direito será conhecido a partir de um processo essencialmente interpretativo, o que envolve a análise de regras, mas também de princípios⁷¹⁵. E isso é essencial para a defesa dos direitos da minoria em face de abusos cometidos pela maioria. Nesse sentido, advoga que as decisões contra a maioria não podem ser submetidas à responsabilidade desse próprio grupo majoritário que as estabeleceu⁷¹⁶.

Nessa lógica, é correto afirmar que a legitimidade democrática decorre muito mais do conteúdo das decisões do que da forma como os poderes que as tomaram foram constituídos. Caso contrário, o Estado Democrático de Direito incorreria no risco de se transformar em uma ditadura, em que a maioria nunca estaria enganada, em que “a voz do maior número obriga sempre todos os outros”⁷¹⁷.

A análise imparcial do conteúdo dessas decisões, ou seja, a verificação se a decisão política proferida pela maioria respeitou os limites jurídicos impostos pela Constituição do Estado de Direito poderia estar seriamente comprometida se fosse realizada pela mesma maioria que as proferiu. Bernard Schwartz conclui que o Estado que não reconhece isso, não valoriza os direitos fundamentais, uma vez que mantém a vida, a liberdade, a prosperidade de seus cidadãos sujeitas à disposição absoluta e despótica de um único poder. Assinala, ainda, que se trata de um depotismo de muitos, da maioria, mas não deixa de ser um despotismo⁷¹⁸. A legitimidade democrática originária do Poder Legislativo e do Poder Executivo, fruto da sua investidura, cede diante da ilegitimidade no exercício da função. Nesse sentido, se os direitos fundamentais constituem, de fato, um trunfo contra a maioria, a constatação de eventuais abusos não poderia ser feita por essa própria maioria, mas sim através de um órgão específico, autônomo e especializado⁷¹⁹. A criação de um poder autônomo para o desempenho desse

⁷¹⁵ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 185/205. É válido frisar que o jurista americano faz uma distinção entre os argumentos de princípios e os argumentos de política. No primeiro caso, se as questões forem levadas ao Judiciário, os juízes podem rever as decisões tomadas pelos demais poderes para fazer valer, no caso concreto, os direitos morais dos cidadãos, ainda que contrariamente às escolhas da maioria política. De outro lado, o mesmo não ocorre em relação às *policies*, que almejam atender os interesses gerais. No campo coletivo, das políticas públicas, os juízes não estão autorizados a se envolver.

⁷¹⁶ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 205/234.

⁷¹⁷ Cf. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O Contrato Social*, Livro 4º, Ed. Publicações Europa-América, Mem Martins, 1981, p. 105/106.

⁷¹⁸ Cf. BERNARD SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1966, p. 43.

⁷¹⁹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, cit., p. 48. Nesse mesmo sentido, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*, op. cit., p. 52/53. Para FERNANDO ALVES CORREIA (*Justiça Constitucional*, op. cit., p.

múnus, portanto, demonstra-se mais apropriada⁷²⁰.

Assim, o controle democrático formal, através das eleições pode também não ser suficiente para a preservação dos direitos fundamentais. Essa questão é muito sensível, pois não pode ser colocada abstratamente, como uma fórmula matemática a ser aplicada em todos os ordenamentos jurídicos. Afinal, os graus de amadurecimento democráticos são variáveis e dependem muito de nação para nação. Será que se pode dizer que a democracia representativa brasileira tem sido desenvolvida eficazmente tal como a democracia representativa existente na Nova Zelândia? Melhor dizendo. Os direitos políticos e os direitos que representam as condições necessárias para o exercício efetivo da democracia estão sendo assegurados de igual forma aos cidadãos, em ambos os países⁷²¹?

Existe um amplo consenso na sociedade no sentido de que direitos como a educação, o acesso à alimentação, a liberdade de expressão e de informação são fundamentais para o desenvolvimento da personalidade, para uma existência condigna e, igualmente, para a consolidação do regime democrático⁷²². Não se pode falar em democracia sem garantir aos indivíduos a possibilidade de compreensão e de participação esclarecida nas questões públicas.

94/95), a Justiça Constitucional atua como garante dos regimes democráticos, assegurando os direitos das minorias e dos direitos fundamentais e limitando os poderes das maiorias parlamentares, tudo em prol dos valores condensados no texto constitucional. Utilizando-se de uma metáfora interessante, GUSTAVO BINENBOJM (*A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira* cit., p. 48) afirma que sendo a democracia um jogo, a Constituição seria o manual de regras e, os jogadores os agentes políticos representantes da população. A jurisdição constitucional, de outro giro, cumpre o papel de ser o árbitro do jogo democrático.

⁷²⁰ Ao analisar a democracia na América, ALEXIS DE TOCQUEVILLE (*Da Democracia na América*, op. cit., p. 86) constatou a importância da Jurisdição Constitucional, afirmando que: “Atente-se bem: um poder electivo que não esteja submetido a um poder judicial escapará cedo ou tarde a qualquer controle, ou será destruído. Entre o poder central e os corpos administrativos eleitos, só os tribunais podem servir de intermediários. Só eles podem forçar o funcionário eleito à obediência sem violarem o direito do eleitor”.

⁷²¹ A título de comparação, enquanto a Nova Zelândia possui o 9º (nono) melhor índice de desenvolvimento humano entre os países participantes da Organização das Nações Unidas, o Brasil ocupa a 75ª (septuagésima quinta) posição, conforme ranking do ano de 2014, divulgado no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2015, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>>. Acesso em: 18.02.2017.

⁷²² Sobre o tema, ver as obras de AMARTYA SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, op. cit., p. 32/60 e 120/131; ROBERT A. DAHL, *Sobre a democracia*, op. cit., p. 93; JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Inconstitucionalidade*, vol. II, op.cit., p. 129/132; NOBERTO BOBBIO, *O futuro da democracia*, op. cit., p. 20; ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*, vol. I, 2ª edição, Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1997, p. 475 e MARTHA C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The human development approach*, op. cit., p. 17/45. A autora revisita com muita propriedade a obra de Aristóteles e traz interessante análise sobre o desenvolvimento das capacidades humanas. Para ela, o Estado deve contribuir para o aprimoramento dos indivíduos, a fim de permitir as suas transformações em cidadãos virtuosos, sem, contudo, impor-lhes uma concepção específica de virtude. Para tal mister, o Poder Público deve propiciar um conjunto de condições capazes de fomentar o desenvolvimento das suas capacidades pelo próprio indivíduo. Nesse sentido, o Estado deve trabalhar para reduzir dificuldades, tais como as de natureza econômica e promover investimentos em áreas como a educação, a fim de que a autonomia individual possa florescer, por meio de suas variadas potencialidades.

Nessa conformidade, é essencial que os cidadãos sejam colocados diante das alternativas concretas e não meramente figurativas. E mais. Que os indivíduos tenham condições reais de poder efetuar as suas escolhas, com consciência, entre as opções disponíveis⁷²³.

Desigualdades econômicas e sociais abissais entre os indivíduos ameaçam o exercício efetivo dos direitos civis e políticos assegurados, abstratamente, a todos os cidadãos. Com efeito, a convivência entre esses direitos deve ser harmônica. Não se exerce plenamente um direito à liberdade de expressão, por exemplo, se a pessoa não tem condições de receptionar e interpretar criticamente as informações que lhe são transmitidas.

Portanto, parece correto afirmar que sem garantir, ainda que minimamente, tais direitos, o cidadão encontra-se muito mais vulnerável às investidas de compras de votos em troca de obtenção de meios de sobrevivência, uma vez que não lhe fora proporcionado igualdade de condições sociais e econômicas para exercer a sua cidadania livremente. Trata-se das liberdades instrumentais definidas por Amartya Sen que, segundo ele, “contribuem, direta ou indiretamente, para a liberdade global⁷²⁴”. Merece destaque a liberdade instrumental denominada “oportunidade social” que engloba áreas como a educação e a cultura, necessárias de serem desenvolvidas para que, de fato, haja uma participação mais efetiva do indivíduo no campo político e econômico. O autor frisa que o analfabetismo pode ser uma grande barreira ao processo político, pois dificulta o acesso às informações necessárias ao seu regular exercício.

A cientista política Maria Tereza Sadek realizou interessante estudo para avaliar a relação entre o analfabetismo e o exercício da cidadania, mais especificadamente, no que diz respeito ao acesso à justiça. Segundo a autora, quanto menor o percentual de analfabetos em um estado da federação, maior são os números de novos casos ajuizados. As unidades da federação que obtiveram as posições mais baixas em relação ao volume de processos instaurados, correspondem a estados com baixo ou médio/baixo Índice de Desenvolvimento

⁷²³ Nessa linha de pensamento, ROBERT A. DAHL (*Sobre a democracia*, op. cit., p. 93) enaltece a importância da educação cívica de um povo que engloba não apenas a educação formal, mas também questões relacionadas ao debate público e à participação política, baseado na recepção de informações confiáveis e na capacidade de absorvê-las e de interpretá-las criticamente. Para o autor, as oportunidades de adquirir uma compreensão esclarecida dos assuntos públicos não constitui apenas uma parte do conceito de democracia, como corresponde a uma exigência para se ter uma democracia. Outro não é o posicionamento de EROS ROBERTO GRAU (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 215). Para o autor, sociedade livre é aquela fundamentada no direito à liberdade, em todas as suas manifestações que não pode ser concebida apenas como uma liberdade formal. Ela deve ser real.

⁷²⁴ Cf. AMARTYA SEN, *Desenvolvimento como Liberdade*, op. cit., p. 58/59.

Humano - IDH⁷²⁵.

De fato, no Brasil, os dados estatísticos disponíveis sobre a educação revelam uma realidade desoladora. De acordo com o último censo demográfico feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2010, 9,6% (nove vírgula seis por cento) da população, com 15 (quinze) anos ou mais são analfabetas, totalizando quase 14 (quatorze) milhões de brasileiros nessa condição⁷²⁶. Em conformidade com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, 01 (um) em cada 05 (cinco) brasileiros são analfabetos funcionais⁷²⁷. Por ser um país muito extenso, há, ainda, diferenças internas significativas no grau de desenvolvimento. Do número de analfabetos com essa faixa etária, 53,3% (cinquenta e três vírgula três por cento) deles se encontram na região nordeste. Nessa localidade, há uma concentração de 7,43 (sete vírgula quarenta e três) milhões de pessoas que não sabem ler, nem escrever. Ressalta-se que não se está falando do analfabetismo funcional, mas sim do analfabetismo absoluto.

Os altos e desoladores índices de analfabetismo no país revelam uma realidade ainda pior, a de milhares de pessoas que vivem na linha da pobreza ou abaixo dela. O problema é que a pobreza econômica produz efeitos nefastos e contribui para a pobreza em muitas as outras dimensões da vida humana e interferem, diretamente, na consolidação do regime democrático⁷²⁸. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, no ano de 2017, cerca de 50 (cinquenta) milhões de brasileiros viviam na linha da pobreza, sendo que 43,5% (quarenta e três vírgula cinco por cento) na região nordeste do Brasil. A situação é ainda mais grave se considerar que 42% (quarenta e dois por cento) das crianças de 0 (zero) a 14 (quatorze) anos do país estão enquadradas nessa situação⁷²⁹.

⁷²⁵ As unidades com menor número de casos judiciais novos são, em ordem decrescente, os estados do Ceará, Alagoas, Maranhão, Piauí e Pará. Por sua vez, em uma escala subdividida entre alto, médio/alto, médio/baixo e baixo referente ao Índice de Desenvolvimento Humano - IDH têm-se as unidades de Alagoas, Maranhão e Piauí na condição de baixo índice e os estados do Pará e Ceará, como de médio/baixo. Ver em MARIA TEREZA SADEK, *Justiça em números. Novos ângulos*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/amb_sadek_justica_em_numeros_novos_angulos.pdf>. Acesso em: 17.02.2017.

⁷²⁶ Esses dados encontram-se disponíveis em: <<http://www.vidaeducacao.com.br/?p=1201>>. Acesso em: 30.01.2016.

⁷²⁷ Segundo estudo apresentado por ANA PAULA DE BARCELLOS, “O direito à educação e o STF”. In Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p.629/630.

⁷²⁸ Cf. JESSE SOUZA, *A elite do atraso*, op. cit., p. 100/101. Para o sociólogo, a preocupação da população hipossuficiente no aqui e no agora, ou seja, na sua própria subsistência, produz impactos que se reproduzem no tempo e impedem a formação de uma saída, de um futuro melhor.

⁷²⁹ O referido instituto considera na linha da pobreza aqueles brasileiros que têm renda familiar mensal equivalente a R\$ 387,07 (trezentos e oitenta e sete reais e sete centavos), o equivalente a U\$ 5,5 (cinco vírgula

É importante frisar que mesmo para aqueles indivíduos que possuam condições de participar ativamente do processo democrático não é fácil controlar os trâmites políticos no Brasil, bem como as atividades desenvolvidas pelos seus representantes eleitos, por dificuldades no exercício da denominada “garantia de transparência”⁷³⁰. Para Amartya Sen, o desenvolvimento dessa categoria de liberdade tem um papel fundamental na sociedade, pois contribui para a inibição de práticas de corrupção, de irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas.

A ausência de ideologias dos partidos políticos, as constantes infidelidades partidárias praticadas pelos ocupantes de mandatos eletivos no Executivo e no Legislativo, a corrupção e a comercialização de cargos na Administração Direta e Indireta em troca de apoio parlamentar, dificultam, sobremaneira, o exercício dessa garantia de transparência e não constituem fenômenos isolados na política nacional, de modo que não podem ser desconsiderados quando se analisa a democracia representativa pátria.

Para além das disfuncionalidades acima apontadas, não se pode deixar de registrar que, até o ano de 2013, quando se promulgou a Emenda Constitucional nº 76/2013, admitia-se, no país, a realização de votações no Congresso Nacional por meio de votos secretos para hipóteses específicas, como, por exemplo, para a votação sobre a perda do mandato parlamentar e para a apreciação de veto do Presidente da República. Tratava-se de situação absolutamente desconforme ao princípio da transparência, composto pelos princípios da publicidade e da participação popular.

Por essa razão, observa-se que as democracias não estão amadurecidas igualmente em todos os países. E, embora se trate de um argumento mais de natureza sociológica do que jurídico, não pode ser ignorado, sob pena de não se conseguir solucionar problemas específicos de cada localidade.

Nesse sentido, Richard Posner⁷³¹ critica a aplicação indistinta da teoria desenvolvida por Jeremy Waldron, por acreditar que esse doutrinador desenvolveu sua teoria a partir do

cinco dólares) por dia. Esse critério foi definido pelo Banco Mundial. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2017/ibge-brasil-tem-14-da-sua-populacao-vivendo-na-linha-pobreza>>. Acesso em: 12.05.2018.

⁷³⁰ Cf. AMARTYA SEN, *Desenvolvimento como Liberdade*, op. cit. p. 60.

⁷³¹ Cf. RICHARD POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2005, p. 160. Em crítica à teoria sustentada por Waldron, concordamos com JORGE REIS NOVAIS (*Em defesa do tribunal Constitucional*, op. cit., p. 85 e 104) quando o autor ressalta que Waldron “fala para uma sociedade de anjos” e que a confiança absoluta na boa-fé e na boa vontade dos representantes eleitos não encontra justificativa ao longo da história.

contexto institucional da Inglaterra e da Nova Zelândia, países nos quais viveu e exerceu a sua carreira acadêmica. É inegável que países como a Inglaterra e a Nova Zelândia constituem Estados Democráticos de Direito. De igual forma, as regras políticas existentes nesses países acerca da supremacia do Parlamento e do seu eficaz controle pela população mostram-se, em princípio, suficientes para que haja um efetivo limite aos eventuais abusos praticados pelos poderes estatais. No entanto, a premissa de que os cidadãos estão aptos a exercerem a cidadania plenamente, podendo efetuar escolhas conscientes e que os eleitos irão atender as suas expectativas não parece se adequar com a mesma precisão na realidade brasileira.

Frise-se que, a confiança irrestrita na boa-fé e na busca pela satisfação do interesse público pelos detentores de mandatos eletivos não encontra respaldo no contexto histórico social-político brasileiro⁷³². De outro giro, nos tempos atuais, a participação popular no processo político brasileiro ainda se mostra insuficiente para o efetivo controle da atuação dos poderes estatais frente à proteção e à promoção dos direitos fundamentais, de modo que a recepção de teorias estrangeiras deve ser vista, com cautela, para que seja possível adequá-la aos cenários diversos daqueles para os quais elas foram elaboradas⁷³³.

Certamente que ponderações como as acima expostas foram consideradas pelo Legislador Constituinte, em 1988, ao definir o papel a ser desempenhado pelo Poder

⁷³² Ao tratar do tema, SERGIO BUARQUE DE HOLANDA (*Raízes do Brasil*, op. cit., p. 160) destaca que a democracia no Brasil foi sempre um “lamentável mal-entendido”, importada por uma aristocracia rural e semifeudal que tratou de acomodá-la na realidade nacional, desde que não desfizessem os seus direitos e privilégios. Nesse processo de inclusão do regime democrático no sistema constitucional do país, promoveram o referido regime como uma “fachada ou decoração externa”. Outro não é o entendimento de RAYMUNDO FAORO, *Os donos do poder*, vol. 1, op. cit., p. 173/175 e 387. O sociólogo avalia historicamente a conduta dos agentes públicos no Brasil e conclui que os seus comportamentos não costumam pautar-se em valores republicanos, tampouco zelar pelo bem comum, senão cuidar, cada um, do seu interesse particular. Em breve resumo do processo eleitoral, na nação, Raymundo Faoro diz que: “A verdade eleitoral não sairia da lei, como queriam os estadistas: a verdade eleitoral, mesmo depurada com honestidade, traria à tona o próprio país, com o eleitorado obediente ao governo qualquer que fosse este, uma vez que constituísse o poder que nomeia, que possui as armas e o pão. O deputado, dentro desse círculo de ferro, era nada mais que o resultado das combinações de cúpula, tramadas nos salões dos poderosos. O eleitor era como aquela jararaca, que o candidato Joaquim Nabuco encontrou num casebre do Recife; estava pronto a votar com o postulante, simpatizava com a causa; mas votando era demitido, perdia o pão da família; tinha recebido a chapa de caixão (uma cédula marcada com um segundo nome, que servia de sinal) e, se ela não aparecesse na urna, sua sorte estava liquidada no mesmo instante”.

⁷³³ Importante consideração foi feita por JUAN F. GONZÁLEZ BERTOMEU (Como aprendi a odiar y amar la discusión sobre controle judicial in Juces e democracia: la justicia constitucional bojo examen. Disponível em: <<http://www.administradorup.files.wordpress.com/2010/02/bertomeu-como-aprendi-a-odiar-y-a-amar-la-discusion-sobre-control-judicial.pdf>>. Acesso em: 18.04.2016) ao afirmar que, nos países latino-americanos, os cidadãos têm poucas chances de influenciar nas discussões políticas referentes à implementação de políticas públicas, motivo pelo qual o autor não vê muito sentido em analisá-los sob uma ótica de um sistema democrático ideal, sendo mais relevante dedicar os esforços para que se lide com problemas que são reais.

Judiciário na guarda da Constituição Federal⁷³⁴. Poderia a Assembleia Constituinte ter escolhido apenas o Parlamento ou o Governo para decidirem os desacordos gerados entre as suas decisões políticas e os limites impostos pela Constituição Federal? Certamente que sim e já o fez em Constituições pretéritas⁷³⁵. O Poder Originário é ilimitado, incondicional, soberano e a ele compete criar o instrumento orgânico-mor que regerá o Estado. Todavia, seja porque entendeu que os Poderes não conseguiriam se autofiscalizar com a isenção necessária, seja porque considerou que o controle exercido pela população nas eleições seria ineficiente⁷³⁶, fato é que o Legislador Constituinte estabeleceu que o sistema de freios e contrapesos inerentes ao Estado Democrático de Direito somente seria alcançado, no país, com a participação ativa de um órgão imparcial e dotado de garantias capazes de assegurar tal isenção, qual seja, a Justiça Constitucional⁷³⁷.

⁷³⁴ A Constituição Federal de 1988 determinou em seu artigo 102, *caput*, que compete precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Carta Constitucional.

⁷³⁵ A Constituição Federal de 1824, em seu artigo 15, inciso IX disciplinou que entre as atribuições da Assembleia Geral, encontrava-se a de “velar na guarda da Constituição, a promover o bem geral da Nação”. De igual forma, a Constituição Federal de 1891 estabeleceu, em seu artigo 35, §1º, que compete ao Congresso Nacional, embora não privativamente, “velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal”. Por sua vez, as demais Constituições Federais não contemplaram dispositivos semelhantes em seus respectivos textos.

⁷³⁶ O autor JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 176/177) apresenta relevantes apontamentos, com os quais concordamos, sobre a representação parlamentar, sobre o sistema eleitoral e sobre a participação política dos cidadãos. Segundo o autor, nem todos os cidadãos participam da eleição; o sistema eleitoral pode, em certos casos, distorcer o sentido do voto popular; a representação, por si, afasta o representado do representante e as decisões parlamentares, por diversas vezes, reflete o resultado de conflitos de interesses e lutas políticas travadas entre grupos organizados com influência eleitoral, podendo, ainda, ser produto de intenções eleitorais ou de acordos pontuais e aleatórios firmados pelos eleitos, à margem da população. Ao tratar da temática, LUÍS ROBERTO BARROSO (*A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*, Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 5, número especial, Brasília, 2015, p. 24/51) avalia que o problema da representatividade no sistema político do Brasil é inquestionável. A participação do Supremo Tribunal Federal nesse processo, ainda que exerça a sua função no sentido contrário à decisão do Congresso Nacional, é salutar. Em seu posicionamento, o voto pode ser substituído pelos fundamentos contidos no bojo das decisões judiciais. A legitimidade do voto majoritário é substituída pela legitimidade do exercício da função jurisdicional. Dessa feita, a atuação da Justiça Constitucional tem que ser avaliada como um benefício “contrarepresentativo”, nas hipóteses em que ocorrerem o cometimento de abusos, baseado no argumento e no emprego da racionalidade. E o Ministro da Corte Constitucional vai além. Identifica três funções do Supremo Tribunal Federal no exercício das suas atividades. São elas: a de bloqueio do abuso cometido pelas maiorias legislativas; a de instituição que representa os interesses da maioria; o papel de “vanguarda iluminista”. Em seu texto chega a afirmar que, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da maioria. Não concordamos com a posição do doutrinador em relação às duas últimas atribuições por ele selecionadas. Em nosso entender, há contradição na adoção do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e no resguardo, pela Corte, da vontade da maioria da população. Para nós, não cabe à Corte Suprema decidir o conteúdo mais adequado do direito sob o seu exame, ainda que de acordo com os interesses da maioria. O seu papel é avaliar, com base em critérios imparciais e objetivamente aferíveis, se os direitos consagrados na Constituição Federal foram ou não violados por meio de condutas comissivas ou omissivas cometidas pelo Poder Público. Em contraposição ao entendimento de Luis Roberto Barroso, ver DIEGO WERNECK ARGUELHES, *O Supremo que não erra*, op. cit., p. 95/96.

⁷³⁷ É interessante registrar que apesar de ter atribuído ao Supremo Tribunal Federal o papel precípua

Não é incorreto afirmar, portanto, que a legitimidade do Poder Judiciário em dirimir conflitos dessa natureza decorre formalmente da Constituição Federal, uma vez que o povo assim o desejou no momento da sua elaboração. E, trata-se de um precompromisso substancialmente democrático e não mero corolário da soberania popular. O que pormenoriza os poderes da República é que cada um exerce as suas funções com legitimidade proveniente da representação popular - Executivo e Legislativo - ou a partir da Constituição e das leis - Judiciário. Logo, as funções de governo desempenhadas pelos primeiros diferenciam-se das funções de garantia, exercidas pelo último⁷³⁸. Os Tribunais e as Cortes Constitucionais são órgãos que buscam assegurar a supremacia da Constituição, exigindo que o Poder Público, em todas as suas áreas de atuação, paute-se pelo respeito às normas consagradas no texto constitucional, sob pena de perder a própria legitimidade popular decorrente de seus cargos e mandatos políticos.

Para um melhor enfrentamento da questão, não se pode deixar de considerar, ainda, algumas especificidades do exercício da atividade jurisdicional, as quais, segundo os defensores dessa corrente doutrinária, demonstram que a opção da Assembleia Constituinte brasileira constituiu a melhor escolha.

É comum se perquirir se um grupo elitizado de pessoas, que não se submetem, periodicamente, a controles democráticos de suas atuações, que decidem utilizando-se de critérios majoritários e, não raras vezes, influenciados pela opinião pública, e que discordam entre si, tais como o fazem os parlamentares, podem tomar decisões mais acertadas do que os representantes eleitos diretamente pela população. Entretanto, embora persuasivos, tais

de guarda da Constituição Federal, o Legislador Constituinte não excluiu, por completo, os demais Poderes da República. O controle de constitucionalidade introduzido pela Carta Federal de 1988 criou um mecanismo complexo de proteção constitucional, exercido, principalmente, pelo Judiciário, mas não somente por ele. O Poder Executivo pode realizar o denominado 'veto jurídico', recusando-se a sancionar, parcialmente ou integralmente, os projetos de leis que entenda como inconstitucionais. O Poder Legislativo, por sua vez, exerce o controle de constitucionalidade por meio da sua Comissão de Constituição e Justiça, cuja atribuição engloba a manifestação sobre a constitucionalidade ou não dos projetos em trâmite, em cada uma das casas do Congresso Nacional. Ademais, o Parlamento brasileiro pode rejeitar, por maioria absoluta, o veto presidencial, nos termos do artigo 66, §4º, da Constituição Federal de 1988. De igual forma, pode controlar os atos normativos do Poder Executivo, conforme preconiza o artigo 49, V, do referido diploma constitucional e, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão transitada em julgado no Supremo Tribunal Federal, consoante o artigo 52, X, da Carta Constitucional de 1988. Sobre o tema, ver MARCELO CASSEB CONTINENTINO, *Quem deve 'Velar na Guarda da Constituição'?*, op. cit., p. 40/48.

⁷³⁸ Cf. LUIGI FERRAJOLI, *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*, Trad. André Karam Trindade, Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, p. 95/113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3.luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 18.02.2017. Sobre o tema, ver também MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 32/43 e JORGE MIRANDA, *Funções do Estado*. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.fgv.com.br/index.php/article/download/45284/47716>>. Acesso em: 06.10.2017.

argumentos não merecem prosperar. Não se discute que os Juízes discordam entre si, que decidem seus desacordos através do critério majoritário e que alguns de seus membros podem praticar condutas desviantes em prol de interesses pessoais. Mas, é no desempenho de suas atividades que se constrói um dos pilares mais importantes justificadores da sua legitimidade democrática. É o que Pedro Cruz Villalón denomina de legitimidade de exercício⁷³⁹.

Pensemos, por um momento, em uma das inúmeras sessões do Congresso Nacional Brasileiro, transmitida diariamente pela via televisiva. A multiplicidade de pessoas debatendo seus diversos pontos de vista sobre determinada matéria demonstra que a deliberação, nem sempre, ocorre como o planejado no campo ideal. As opiniões são fornecidas mais em bloco do que representando as especificidades de cada um dos parlamentares. Mas esse não é o ponto mais problemático. Suponhamos que o debate tenha um resultado produtivo, em que as ideias de todos possam ser expostas em igualdade de condições, a fim de representar todos os segmentos da sociedade. Ainda assim, no momento do voto, a população muitas vezes não consegue fiscalizar o seu parlamentar ou o partido para o qual depositou seu voto, a fim de saber se os seus interesses foram de fato respeitados, pois os votos, geralmente não são proferidos de forma nominal⁷⁴⁰. E, em qualquer dos casos, os votos não são motivados.

Por sua vez, quando o Poder Judiciário profere uma decisão, o faz publicamente e fundamentadamente, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Tais exigências existem justamente para verificar se os vereditos judiciais estão sendo proferidos em conformidade às normas constitucionais e infraconstitucionais. Ao motivarem as suas decisões e ao publicizá-las, os membros do Poder Judiciário terão mais dificuldades de atuarem em nome de seus interesses pessoais. Para João Chumbinho, a legitimidade democrática dos Poderes Executivo e Legislativo é presumida,

⁷³⁹ Cf. PEDRO CRUZ VILLALÓN, “Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria”. In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional Português*, cit. p. 88. Sobre a argumentação como legitimidade, ver, ainda, JOSÉ ADERCIO LEITE SAMPAIO, *A Constituição Reinventada. Pela Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 91/92. Para o doutrinador, embora careça de base eleitoral, a Justiça Constitucional goza de uma legitimidade obtida por meio da sua própria “práxis decisional”. Seria uma espécie de legitimidade ligada ao exercício argumentativo e à promoção e/ou reforço ao consenso, capaz de proporcionar uma coerência discursiva interna e externamente. Não por acaso, os Juízes têm obrigação de motivar e de publicar as decisões que prolatam.

⁷⁴⁰ Os Regimentos Internos do Congresso Nacional, em seus artigos 289 a 290; do Senado Federal, em seus artigos 44 a 47 e da Câmara dos Deputados em seus artigos 184 a 188 possuem dispositivos com igual teor, a respeito do processo de votação. Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 76/2013, as votações em todas essas Casas poderiam ser ostensivas ou secretas. Atualmente, as votações somente podem ser realizadas de forma ostensiva. Nessa modalidade, contudo, as votações poderão ser simbólicas e nominais. Por simbólicas, entende-se a votação em que aqueles que aprovam determinada matéria permanecem sentados e aqueles que a rejeitam ficam de pé. Por nominais, entende-se a votação em que cada um dos parlamentares profere, publicamente, o seu veredito.

enquanto a legitimidade do Poder Judiciário não, pois tem que ser comprovada no exercício das suas atividades, de maneira explícita, racionalmente motivada e, em conformidade com as leis criadas pelos representantes diretos do povo⁷⁴¹.

A necessidade de clareza e de motivação nas decisões possibilita que os seus destinatários compreendam melhor os seus fundamentos. Ao expressar de forma explícita e detalhada as razões que ensejaram determinado posicionamento, procura-se evitar obscuridades e ambiguidades, como também almeja facilitar o convencimento dos seus destinatários diretos e indiretos. É claro que a necessidade de motivação e de publicidade não são garantias absolutas de que todas as decisões da Corte Constitucional sejam acertadas. Entretanto, tais exigências não deixam de servir como um reforço a mais no controle feito pelo cidadão, destinatário final de todo esse arcabouço jurídico, mostrando-se muito mais transparente do que os procedimentos prescritos nos regimentos internos das Casas que compõem o Congresso Nacional⁷⁴².

Novamente, é pertinente repetir que a democracia não se limita à ideia de democracia representativa. O Estado Democrático de Direito busca, não somente através da democracia representativa, assegurar as liberdades e os direitos individuais, inclusive das minorias, de acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana dispostos na Constituição Federal.

Outro argumento que deve ser analisado com cuidado é de que o Poder Judiciário não é controlado pela população, ao contrário dos Poderes Legislativo e Executivo. De fato, é inegável que, de quatro em quatro anos, os representantes eleitos submetem-se à fiscalização de suas atuações. Em princípio, se o seu desempenho atendeu às expectativas da população, o ocupante do cargo eletivo poderá ser reeleito⁷⁴³. De outro lado, o descontentamento do eleitor resultará na escolha de outro candidato. Essa “instabilidade” incute no agente uma maior responsabilidade de acertar, de atender aos anseios de quem os elegeu. Isso se, de fato, o

⁷⁴¹ Cf. JOÃO CHUMBINHO, *A Constituição e a Independência dos Tribunais*, QuidJuris Editora, Lisboa, 2009, p. 122.

⁷⁴² Nesse sentido, AULIS AARNIO (*Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 29) sustenta que: “Como se ha mencionado, el decisor ya no puede apoyarse en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. (...) Por otra parte, es específicamente através de la justificación como el decisor -sin que importe que se trate de un juez o de una autoridad administrativa -crea la credibilidad en la que descansa la confianza que los ciudadanos tienen en él”.

⁷⁴³ O Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos poderão ser reeleitos para um único período subsequente, nos termos do artigo 14, §5º da Constituição Federal de 1988.

processo eleitoral ocorrer adequadamente, como planejado abstratamente. Para tanto, a participação política dos cidadãos deve ser efetiva. De igual forma, o sistema político nacional deve se desenvolver com a máxima transparência. Em breve síntese, pode-se afirmar que para que tudo saia como o planejado, os eleitores precisam obter informações escorreitas sobre os seus candidatos e sobre o papel desempenhado por cada um ao longo do exercício dos seus mandatos eletivos, além, obviamente, de terem a compreensão intelectual necessária para realizar essa avaliação, com o máximo de discernimento e de liberdade.

Diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo, os membros do Poder Judiciário brasileiro não ocupam mandatos eletivos e sim cargos vitalícios, sendo que as suas exonerações não dependem diretamente da vontade popular⁷⁴⁴. De outro lado, a ausência de controle direto da população não transforma esse Poder em uma instituição antidemocrática, tampouco isenta de responsabilização. A impossibilidade da maioria da população retirar, por sua vontade, um Magistrado do cargo público que ocupa foi uma opção adotada pelo Legislador Constituinte para impedir qualquer tipo de interferência decorrente da pressão popular no exercício de suas funções. E foi além para atender ao seu propósito. Assegurou aos membros do Poder Judiciário, as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios.

E assim agiu propositadamente. Para resguardar a função essencial do Poder Judiciário. Diariamente, juízes se deparam com causas polêmicas. Imaginemos a situação de um magistrado que, para cumprir a Constituição Federal, perceba que, inevitavelmente, terá que proferir uma decisão de natureza absolutamente impopular. Como exemplo, têm-se as ações judiciais propostas com o objetivo de impedir a realização de festas, como a “farra do boi” e a “vaquejada”. O dilema, nessas hipóteses, é de que embora majoritariamente aceitas pela população, como manifestações culturais, eventos dessa natureza promovem sofrimento intenso aos animais⁷⁴⁵. Será que se a permanência do cargo dependesse da vontade geral,

⁷⁴⁴ A vitaliciedade, no primeiro grau, será adquirida após dois anos de exercício, sendo que a perda do cargo somente poderá ocorrer após sentença judicial transitada em julgado, nos termos do artigo 95, I da Constituição Federal de 1988.

⁷⁴⁵ Em decisão polêmica envolvendo colisão de princípios constitucionais, no bojo dos autos do Recurso Extraordinário nº 153531, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 13.03.1998, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a manifestação cultural majoritariamente aceita no estado de Santa Catarina chamada de “farra do boi” constituía prática violadora de dispositivos constitucionais fundamentais previstos no artigo 225, da Carta Magna, uma vez que provocava crueldade em relação aos animais. Nesse diapasão, na ADIN nº 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 06.10.2016, o Supremo Tribunal Federal também decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 15.299/2013 que regulamentou a atividade denominada “vaquejada” como prática desportiva e cultural no estado do Ceará. Segundo a maioria dos ministros, a vaquejada é uma atividade que impõe sofrimento cruel aos animais, em oposição a dispositivos constitucionais de natureza ambiental. Na vaquejada,

estaria o Magistrado seguro em tomar uma decisão contramajoritária? Evidentemente que não.

Logo, o exercício da atividade jurisdicional exige distanciamento, tempo e tranquilidade para que o julgador possa avaliar, com cautela, os argumentos e contra-argumentos em causa. A opinião pública dominante em determinada direção, assim como a pressão de grupos com poderio político, econômico e social não podem interferir na coerência e na integridade necessárias às decisões judiciais⁷⁴⁶. Caso contrário, haverá riscos de que a jurisdição se transforme em algo inócuo ou, até mesmo, pernicioso. Permitir que a vontade da maioria seja capaz de destituir um juiz quando esse a desagrade constitui um retrocesso perigoso, tal qual como vivenciado nas Monarquias Absolutistas europeias, em que as posturas subjugadas dos magistrados comprometeram significativamente a imagem do Judiciário perante a sociedade. O descrédito vivido nessa época postergou-se no tempo, sendo essa uma das causas que contribuíram para o atraso da implementação das Justiças Constitucionais em muitos países da Europa, ao contrário da realidade vivenciada nos Estados Unidos.

Não se pode olvidar que a não aferição periódica das suas atuações pelos cidadãos não torna o Juiz imune à responsabilização. As suas atividades são controladas internamente, através de suas Corregedorias e, externamente, pelos diversos órgãos e segmentos sociais, tais como o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil, a imprensa e, principalmente, pelos próprios cidadãos que poderão denunciar as irregularidades às autoridades competentes. Ademais, essas fiscalizações se tornam mais fáceis de serem realizadas, em face da necessidade de publicidade e de motivação das decisões judiciais.

Em relação aos membros que compõem o Supremo Tribunal Federal, não há um controle interno institucionalizado. Deve-se destacar, de outro giro, que as decisões proferidas pela Corte Constitucional podem, em certas circunstâncias, sofrer revisões pelos demais

um boi é solto em uma pista e os vaqueiros, montados em cavalos, tentam derrubar o animal pelo rabo. Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 06 de outubro de 2016, o Senador Otto Alencar apresentou o projeto de Emenda à Constituição sob nº 50/2016, com a finalidade de transformar a atividade como expressão artístico-cultural e patrimônio cultural nacional imaterial. A justificativa do projeto é de que a prática faz parte da cultura nordestina e movimento cerca de R\$ 600 milhões (seiscentos milhões de reais) por ano, além de gerar 120 (cento e vinte) mil empregos diretos. Ao apresentar parecer, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN manifestou-se contrariamente ao reconhecimento da prática, uma vez que não atende aos princípios e procedimentos necessários para a consolidação política de patrimônio imaterial. Ainda assim, o Congresso Nacional votou e aprovou a Emenda Constitucional sob nº 96/2017.

⁷⁴⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 155.

poderes⁷⁴⁷, ainda que indiretamente, evidenciando um sistema de controle mútuo, de freios e contrapesos⁷⁴⁸.

Assim, percebe-se que na arquitetura institucional, cada poder desempenha uma gama de atribuições de natureza funcional para que viabilizem o respeito, a proteção e a promoção dos múltiplos interesses, direitos e garantias tutelados pela ordem constitucional. O desenvolvimento das funções estatais atende melhor as suas finalidades se essa separação entre os poderes não for concebida como algo estanque, matematicamente compartimentada. Até porque a independência absoluta seria difícil de ser atingida na prática e produziria efeitos negativos ao processo de controle recíproco, pois se o poder é desenvolvido até onde encontra limites, a impossibilidade de penetração de uma função sobre a outra dificultaria a execução dessa fiscalização.

Nessa conformidade, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário devem desempenhar as funções que lhe competem a título principal, de forma regular, estruturada e, acima de tudo, de maneira alinhada e harmônica. O diálogo institucional é crucial à unidade e à estabilidade

⁷⁴⁷ A respeito da possibilidade de superação de decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Poder Legislativo, através da edição de emendas constitucionais e por via legislativa ordinária, ver SERGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR, *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 217/234. Sobre a temática ver também GILMAR FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 266/269.

⁷⁴⁸ No constitucionalismo norte-americano tem-se um exemplo interessante a respeito do tema. Trata-se do confronto vivenciado pelo então Presidente Franklin Roosevelt e a Suprema Corte Americana. O Chefe do Poder Executivo deu início à política do *New Deal*, promulgando diversas leis de cunho social. A Corte Constitucional, por sua vez, seguindo uma concepção mais liberal, declarou a inconstitucionalidade de muitas dessas leis. Com a sua reeleição, Roosevelt enviou mensagem ao Congresso Americano denominado *court-packing plan*, visando aumentar o número de juízes da Suprema Corte. Apesar de a proposta não ter sido aprovada no Parlamento, a pressão política fez com que a Corte Constitucional começasse a rever o seu posicionamento. No Brasil, desacordos entre os poderes também ocorreram, ao longo da história constitucional. Talvez o primeiro embate marcante tenha se dado no ano de 1909. Nesse ano, ocorreu uma eleição para o Conselho Municipal do Distrito Federal. Tratava-se do Conselho Legislativo da Capital da República. Após desacordos eleitorais, alguns intendentes eleitos ajuizaram Habeas Corpus perante o Supremo Tribunal Federal para serem diplomados. A Corte, por sua vez, concedeu a ordem de Habeas Corpus e determinou que o grupo de intendentes ingressasse no referido Conselho. Ocorre que apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal, o então Presidente da República Hermes da Fonseca decidiu não cumpri-la. Em seguida à prolação do Acórdão, o Presidente da República encaminhou um ofício à Corte, por meio do Ministério da Justiça, alegando que deixaria de atender a ordem, mediante a edição de um decreto presidencial cancelando a eleição, uma vez que, em seu entendimento, o Supremo Tribunal Federal havia extrapolado as suas funções ao analisar matéria de cunho exclusivamente político. Mais contemporaneamente, merece destaque o julgamento da ADIN nº 14/89, Rel. Min. Célio Borja, DJ de 01.12.1989. Em resumo, a Associação dos Magistrados do Brasil protocolou a referida ação, sob o argumento de que o artigo 37, XI, da Constituição que estipulava o teto máximo remuneratório dos funcionários públicos tinha que ser interpretado de modo a não violar os direitos adquiridos dos Magistrados. No seu julgamento, a Corte Constitucional entendeu que as vantagens de caráter pessoal recebidas pelos juízes estariam excluídas do teto. Contudo, demonstrando o seu desacordo com a interpretação constitucional o Congresso Nacional, em 1998, aprovou a Emenda Constitucional nº 19/98, oportunidade em que, expressamente, dispôs, no bojo do artigo 37, XI, que as vantagens pessoais e de qualquer natureza não deveriam exceder ao teto remuneratório dos funcionários públicos.

do Estado e permite que as decisões sejam tomadas a partir da participação e do consenso de todos os poderes. A divisão entre as funções procura não somente controlar o abuso de poder, como também objetiva a promoção da boa governança do Estado, em todos seus feixes de atuação⁷⁴⁹.

Boa governança que pressupõe o diálogo e o alinhamento institucional, mas que também depende de o exercício das funções do Estado compreenderem um sentido finalístico. Significa afirmar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário devem mirar as suas competências para a satisfação do interesse público, por meio do cumprimento dos deveres jurídico-constitucionais que lhe são imputados. Se, por um lado, os integrantes de cada poder estão obrigados a praticar todos os comportamentos necessários para promover os fins a eles confiados, por outro, estão proibidos de cometer quaisquer condutas incompatíveis ou desnecessárias para a realização do seu múnus. O poder-dever recebido pelo titular da função não pode ser empregado livremente, para o atingimento de pretensões particulares e abusivas, de acordo com a vontade e a conveniência pessoal dos agentes estatais. De igual forma, não comporta omissões injustificadas.

Certo é que as funções estatais desenvolvidas pela Administração, pelo Parlamento e pelo Judiciário são igualmente essenciais e complementares no sistema constitucional. Isso porque o conjunto de poderes-deveres a eles conferidos, ainda que diversos, almeja, em última instância, a tutela da Constituição Federal, a promoção do equilíbrio entre o regime democrático e o Estado de Direito e a prevenção e/ou repressão de abusos eventualmente cometidos em desfavor das regras e dos princípios que compõem o sistema posto. Se em alguns momentos a última palavra sobre os desacordos constitucionais compete às forças políticas majoritariamente eleitas, em outros, ela é proferida pela Justiça Constitucional, ainda que mediante a prolação de decisões contramajoritárias, sem que isso signifique, automaticamente, ausência de legitimidade constitucional ou prática de arbítrio.

Segundo Jeremy Waldron⁷⁵⁰, para a filosofia do direito contemporâneo, a palavra “arbitrário” possui ao menos três significados, todos de natureza negativos, quais sejam imprevisibilidade, desrazoabilidade e ausência de legitimidade política. Após a exposição dos argumentos supra, entendemos que a atuação da Jurisdição Constitucional possui autoridade,

⁷⁴⁹ Cf. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, *O constitucionalismo dos princípios*, op. cit., p. 92/93. Ver também MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 26.

⁷⁵⁰ Cf. JEREMY WALDRON, *Derechos y Desacuerdos*, op. cit. p. 199/200.

na medida em que a sua legitimidade decorre de previsão expressa constitucional. As decisões judiciais devem, ainda, ser fundamentadas, baseadas no livre convencimento motivado e, atender aos ditames constitucionais e legais, sendo, portanto, razoáveis e previsíveis, respectivamente.

Não há, assim, o que se falar, ao menos em tese, em atuação arbitrária da Justiça Constitucional. Os Juízes possuem legitimidade democrática para intervir nos desacordos que envolvam decisões de natureza política contrárias aos dispositivos constitucionais e, principalmente, aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Mas, a depender dessa extensão, a intervenção pode se tornar abusiva. Significa dizer que nem sempre deverá ser a Justiça Constitucional quem dará a última palavra nos conflitos com impactos no orçamento público. A construção da democracia não é feita por uma única instituição, nem mesmo, apenas e tão somente, pelo Poder Judiciário. O desafio é justamente definir os limites dessa atuação, ou seja, identificar quando e como o Poder Judiciário brasileiro deve agir.

Em nosso entender, não há como prosseguir sem antes nos debruçarmos sobre as diferentes teorias desenvolvidas no direito constitucional e na ciência política que transitam entre posições que variam da *judicial self-restraint* ao ativismo judicial. Vamos a algumas delas.

6.3 Em torno dos limites à intervenção jurisdicional e alguns dos seus principais teóricos

Não obstante os inúmeros posicionamentos na doutrina a respeito dos limites à intervenção jurisdicional, optamos por selecionar alguns dos doutrinadores que tratam da matéria. Ainda que com limitações que não nos passam despercebidas, entendemos ser um recurso válido para ilustrar a diversidade de pensamento sobre o fenômeno em exame e para destacar o que, no âmbito das reflexões dos pensadores, interessa mais diretamente à investigação. Mas, sem a pretensão de esgotar o tema apresentado, eis que, como dito, existem múltiplas abordagens a seu respeito. De igual forma, o presente estudo não se propõe a exaurir todas as reflexões e considerações dos autores que aqui serão mencionados. Cada uma das correntes possui complexidades e nuances próprias que dialogam não apenas com o tema, mas com outras áreas do direito, da filosofia e da sociologia, além das mutações de

pensamentos, ao longo dos anos, dos seus respectivos autores, o que certamente extrapola o objeto dessa pesquisa.

A partir da década de cinquenta do século passado, as decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos caracterizaram-se por conterem um perfil menos conservador, com vieses progressistas⁷⁵¹. No entanto, nesse transcurso jurisprudencial, eis que surgem, na doutrina, posicionamentos antagônicos aos acórdãos da Suprema Corte, sustentando uma intervenção mais restritiva da Justiça Constitucional, em maior deferência às decisões tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Entre os defensores de uma posição mais cautelosa para a atuação da Justiça Constitucional, tem-se Alexander Bickel, que, em meados da década de sessenta do século passado, publicou *The Least Dangerous Branch*⁷⁵². Nessa obra, o autor defende que o processo democrático nas sociedades contemporâneas possui peculiaridades específicas que não podem ser desconsideradas.

Para o doutrinador, no mundo moderno, a população não dispõe de tempo suficiente para acompanhar, com apuro, a rotina diária do Governo, bem como o desenrolar das suas atividades administrativas. Em geral, a atenção da população ao Poder Público e às suas realizações ocorre durante o período das eleições, ou nas hipóteses em que se discutem temas polêmicos, cujo consenso não se alcança facilmente. O doutrinador destaca que a Administração não pode depender da manifestação prévia da população para a tomada de grande parte das suas decisões, pois, como regra, a função administrativa é desenvolvida através de inúmeras deliberações e ações que precisam ser adotadas de forma célere, muitas em conformidade a avaliações técnicas⁷⁵³. Em paralelo, existem grupos de pressão que possuem forte influência na gestão pública. Logo, a democracia é exercida com dificuldades.

Por esse motivo, Bickel considera que a Justiça Constitucional tem um papel importante nessa arquitetura institucional e pode contribuir para o processo democrático. Contudo, a sua intervenção deve ocorrer de modo a respeitar o máximo possível às decisões proferidas pelos representantes eleitos, uma vez que há presunção de que as escolhas foram

⁷⁵¹ Nesse período, a presidência da Suprema Corte norte-americana foi ocupada pelos Ministros Earl Warren e Warren Burger.

⁷⁵² Cf. ALEXANDER BICKEL, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 2ª edição, Yale University Press, New Haven and London, 1986. A respeito da temática, ver ainda SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR, *Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 100/113.

⁷⁵³ Cf. ALEXANDER BICKEL, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, op. cit., p. 16/20.

feitas com responsabilidade, após avaliações de múltiplos cenários e alternativas. Assim, advoga que a atuação judicial deve ser prudente, tolerante para com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo, restritas às hipóteses de erro manifesto, sob pena de o Poder Judiciário agir de forma arbitrária⁷⁵⁴.

Ademais, mesmo considerando que a Justiça Constitucional possa agir em questões de princípios, Alexander Bickel sustenta que isso somente pode ocorrer por meio de uma construção cautelosa, quando as Cortes conseguirem desenvolver princípios que possam ser aplicados indistintamente, ou seja, que possuam caráter universal, sem submeter-se a pressões de grupos econômicos e segmentos sociais. Para tanto, o Poder Judiciário precisa realizar testes racionais e complexos de argumentação, capazes de promover o devido amadurecimento dos juízes para a tomada das suas decisões, inclusive para que possam compreender todas as razões que foram consideradas pelos demais poderes. Desse modo, o *judicial review* constitui um processo propositadamente lento, capaz de permitir que a Justiça Constitucional possa atuar de forma prudente e contida em relação à conveniência e ao momento das suas intervenções, por meio de técnicas processuais denominadas de *passive virtues*, as quais são desenvolvidas para a obtenção da humildade e do autocontrole judicial. Nessa conformidade, os juízes não seriam os protagonistas do processo democrático, mas apenas mais um dos seus participantes e que, apesar de não serem eleitos por meio do sufrágio universal, teriam a oportunidade de interagir nas decisões⁷⁵⁵.

Com posições distintas, mas dentro dessa linha de pensamento caracterizada pela *judicial self-restraint* destaca-se John Hart Ely. Na sua obra *Democracia e Desconfiança*⁷⁵⁶, Ely também reanalisa a função a ser desenvolvida pela Jurisdição Constitucional. Segundo a sua avaliação, o Poder Judiciário teria deixado de se limitar à declaração de direitos, transformando-se em uma instituição com amplos poderes, com capacidade para alterar os rumos sociais, políticos e econômicos da sociedade, por meio das suas interpretações. E, essa forma de intervenção jurisdicional é antidemocrática, pois o Poder Judiciário constitui uma instituição cujos membros não são eleitos pelo sufrágio universal, tampouco são responsáveis

⁷⁵⁴ Cf. ALEXANDER BICKEL, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, op. cit., p. 34/42.

⁷⁵⁵ Cf. ALEXANDER BICKEL, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, op. cit., p. 59/71.

⁷⁵⁶ Cf. JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980. Sobre o tema, ver também OSCAR VILHENA VIEIRA, *A Constituição e sua reserva de Justiça. Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999, p. 215/217 e GUSTAVO BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, op. cit., p. 97/106.

politicamente pelas suas decisões.

Para que a intervenção da Justiça Constitucional encontre amparo no regime democrático, os Juízes não precisam escolher entre as teorias de interpretação jurisdicional prevalentes nos Estados Unidos. De um lado, os interpretativistas/originalistas e do outro, a corrente que apregoava a interpretação construtivista, baseada em valores morais e em concepções sobre o justo e o bem.

Em conformidade com o posicionamento de Ely, sob o pretexto de interpretar o direito de forma estrita ao texto constitucional, as Cortes não devem ater-se aos objetivos e às intenções originais daqueles que redigiram a Carta Constitucional, ou seja, dos seus fundadores, tal como advogado pela corrente interpretativista/originalista. Não seria possível, em todas as ocasiões, identificar os pensamentos dos legisladores. Além disso, esses pensamentos, valorados em consonância aos contextos políticos e sociais vigentes no momento da elaboração da Constituição, muitas vezes, são diversos dos cenários contemporâneos. Ao interpretar o direito dessa maneira, os originalistas comprometem o regime democrático, pois sujeitam as gerações do futuro aos ideais e aos valores do passado, datados pelas experiências vivenciadas em certo momento histórico. Para o autor, a Constituição tem que ser relida, com as devidas atualizações, uma vez que se trata de um patrimônio dos vivos e não dos mortos⁷⁵⁷. A vantagem da teoria interpretativista seria de não conduzir a intervenção jurisdicional para temas não dispostos de forma expressa no texto da Constituição. Com isso, colhem-se ganhos efetivos em termos de previsibilidade, segurança e estabilidade sistêmica.

Por sua vez, o doutrinador rechaça a concepção alternativa à interpretativista, na medida em que entrega aos juízes, uma elite não ungida pelo voto popular, a autoridade máxima da nação, para que magistrados, de acordo com as suas próprias concepções morais, ideológicas e políticas, revejam as escolhas valorativas definidas pelos representantes eleitos, materializadas através das leis. Isso porque os juízes são humanos e carregam dentro de si as suas próprias concepções e valores. E, ainda que sob o pretexto de aplicação de valores morais universais e do direito natural, consentidos pela sociedade, as aberturas e os subjetivismos de tais construções são de tamanha magnitude, a ponto de abrir inúmeros flancos para as mais variadas interpretações. Segundo Ely, existem múltiplas concepções de

⁷⁵⁷ Cf. GUSTAVO BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, op. cit., p. 99 e JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust*, op. cit., p. 11.

mundo e de ideais sobre o que é justo e bom, sendo que as escolhas dos juízes, nada mais são, do que as escolhas das suas preferências valorativas. A questão é que, em seu entender, quem deve fazer as escolhas morais de uma sociedade que se diz estar sob o manto do regime democrático é a própria população, por meio dos seus representantes. Trata-se de um processo mais transparente e plural.

Ao opor-se às construções mencionadas acima, Ely apresenta uma terceira opção. O doutrinador sustenta que a intervenção jurisdicional deve ser desenvolvida de forma mais contida, para fins de manutenção do regime democrático e da separação entre os poderes. Ao propor um *judicial self-restraint*, Ely sugere que o Poder Judiciário atenha-se à lisura dos procedimentos democráticos e não tome decisões substantivas, externas à ordem jurídica, que não podem ser diretamente extraídas do texto constitucional, as quais são reservadas aos agentes políticos.

Para a sua teoria procedimentalista, o papel da Justiça Constitucional é assegurar o autogoverno, ou seja, a lisura dos processos de escolha pelos cidadãos. Trata-se de uma postura de garantidor, uma vez que os juízes devem monitorar o processo eleitoral para que esse ocorra de forma transparente, aberta e igualitária, respeitando-se os regramentos vigentes. A atuação do Judiciário não deve voltar-se para escolhas substantivas. O aplicador do direito precisa ter uma postura neutra. A sua missão maior é resguardar a soberania popular e, por conseguinte, reforçar o regime democrático.

Na concepção procedimentalista de Ely, a Constituição é um documento que prescreve procedimentos, nos quais cada geração irá se autogovernar, de acordo com as suas concepções valorativas, dentro dos seus contextos sociais. Dentro dessa linha de entendimento, os magistrados, ao fundamentar as suas decisões, não devem fazer uso de conteúdos substantivos e de valores, mas basear-se em procedimentos que permitam o desenvolvimento da democracia, através da formação da opinião e da vontade dos indivíduos. A função da Justiça Constitucional, portanto, é zelar para que o processo político se desenvolva sem intercorrências. Para tanto, devem observar se os canais de participação política estão sendo desempenhados adequadamente, inclusive para que grupos minoritários possam integrá-lo e ter espaço para apresentar e defender as suas próprias concepções⁷⁵⁸.

⁷⁵⁸ Cf. JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust*, op. cit., p. 103. Sobre o tema o doutrinador afirma que: “Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destruí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o

A democracia pressupõe que todo cidadão tenha o direito de contribuir no processo político. Para tanto, todos necessitam ter as suas liberdades resguardadas, assim como precisam conviver de forma aberta e plural, sem bloqueios, a fim de que possam desenvolver as suas opiniões, se associar e se reunir livremente, bem como opinar nas escolhas públicas, através do regular exercício de direitos, tais como o direito à liberdade de expressão e o direito ao voto universal, secreto e igualitário.

Quando as minorias são tratadas de forma discriminatória pela sociedade e, principalmente, pelas leis, a Justiça Constitucional deve interceder para que a maioria política retroaja e respeite todos os cidadãos e formas de pensamento e de expressão. Os direitos civis e políticos das minorias precisam ser preservados. Nessas situações em que o funcionamento do regime democrático resta comprometido e que as bases igualitárias têm que ser garantidas⁷⁵⁹, Ely entende que a contribuição e a importância da Justiça Constitucional são inquestionáveis, pois as suas intervenções se voltam para a correção das falhas e para o redirecionamento dos rumos do processo, o que gerará o necessário aperfeiçoamento e o consequente fortalecimento do sistema⁷⁶⁰. Contudo, a função da Justiça Constitucional não pode ser ampliada para uma leitura moral da Constituição, uma vez que ao fazê-la, as decisões estarão propensas a distorções e mais sensíveis às concepções essencialmente pessoais de cada magistrado⁷⁶¹.

Posição interessante tem sido defendida por Cass Sunstein e Adrian Vermeule. Em

processo não merece nossa confiança. Quando 1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, 2) quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos”.

⁷⁵⁹ Para JOHN HART ELY (*Democracy and Distrust*, op. cit., p. 154/158), não se pode admitir que a maioria decida sobre quem deve ficar de fora do processo democrático. Cabe às Cortes a atribuição de tutelar pelo seu escorrito desenvolvimento.

⁷⁶⁰ A inspiração para a construção da sua teoria teria vindo para JOHN HART ELY (*Democracy and Distrust*, op. cit., p. 75/77) da leitura da nota de rodapé nº 4 do caso *United States v. Carolene Products Co.*, julgado no ano de 1938 pela Suprema Corte norte-americana. Trata-se de um caso em que se discutia a constitucionalidade de uma lei que vetava o transporte do leite com óleo vegetal. Ao proferir o voto, Ely sustenta que o *Justice* Harlan Stone desenvolveu um caminho a ser transcorrido pela Corte Constitucional, descrevendo que os juízes devem ater-se ao texto constitucional o máximo possível; devem verificar se o processo político está tendo funcionamento regular de acordo com o regime democrático, se os canais de participação encontram-se abertos; devem observar qual tratamento a lei, objeto de controle, confere às minorias e se isso pode comprometer o processo democrático como um todo.

⁷⁶¹ Cf. JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust*, op. cit., p. 58/59. O doutrinador afirma que: “A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção sistemática na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais de alta classe média, da qual provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos. As pessoas costumam achar que o que é importante para elas é importante para todos, e nós não somos exceção”.

seus entendimentos, as indagações a serem feitas sobre o papel da Justiça Constitucional necessitam ter uma conotação mais concreta. Por isso, devem levar em consideração as restrições práticas das instituições e dos seus membros. Ao analisarem a função da Justiça Constitucional afirmam que, por mais bem intencionados e preparados tecnicamente que sejam os juízes, trata-se de seres humanos dotados das mesmas limitações que todos os demais ocupantes dos poderes e dificilmente são infalíveis⁷⁶². Ademais, ao se depararem com desacordos constitucionais, os magistrados têm pouco tempo para avaliá-los em profundidade, sendo improvável que tenham acesso a todas as circunstâncias que envolvem os casos que lhe são apresentados. Os Juízes e a Justiça Constitucional não são seres e instituições que devam ser idealizados⁷⁶³.

Assim, Cass Sunstein entende que as intervenções do Poder Judiciário devem ser minimalistas, restringindo os fundamentos e os efeitos das suas decisões apenas ao que for necessário para as resoluções dos casos específicos. Uma ação maximalista pode acarretar consequências, não raras vezes, imprevisíveis, com repercussão a atores que sequer participaram da demanda. Pode ensejar, ainda, dificuldades no cumprimento das decisões judiciais, com altos custos democráticos, dificultando o consenso social e o amadurecimento de questões controversas entre os integrantes da sociedade. O silêncio judicial em relação a conflitos que sejam obtusos ou excessivamente contenciosos pode contribuir para minimizar outros desacordos, uma vez que por meio dele se aprende com o futuro e se economiza tempo e despesas.

Para o doutrinador americano, trata-se do uso construtivo do silêncio. Em suas palavras: “O dito e o resolvido pode não ser mais importante do que o omitido⁷⁶⁴”. Os juízes devem evitar decidir questões polêmicas, de incertezas morais e que necessitam de amadurecimento social. As suas deliberações devem ser feitas por meio dos Poderes Legislativo e Executivo. Uma intervenção restritiva do Poder Judiciário, caracterizada pela prudência e pela deferência às capacidades democrático-deliberativas dos demais poderes faz com que os erros judiciais sejam menos frequentes e também menos prejudiciais⁷⁶⁵.

⁷⁶² Cf. CASS R. SUNSTEIN, “*Decisões Políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional*”, In Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira (Orgs.), *Correntes Contemporâneas do pensamento jurídico*, Ed. Manole, Barueri, 2010, p. 307.

⁷⁶³ Cf. CASS R. SUNSTEIN e ADRIAN VERMEULE, *Interpretation and institutions*, Michigan Law Review, v. 101, nº 4, 2003, p. 885/951.

⁷⁶⁴ Cf. CASS R. SUNSTEIN, “*Decisões Políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional*”, op. cit., p. 307.

⁷⁶⁵ Para CASS R. SUNSTEIN (*Problems with Minimalism*. Disponível em:

A preocupação do autor é com a geração de antagonismos desnecessários que se fazem a partir de uma intervenção mais ativa da Jurisdição Constitucional em temas complexos. O respeito mútuo entre as instituições, que em seu posicionamento é obtido em grande medida através de uma postura mais contida do Poder Judiciário, capacita as pessoas e as instituições para conviverem juntas, uma vez que geram a visualização umas nas outras sobre a existência de reciprocidade. Ademais, tem a função essencial de diminuir o custo político das divergências perdurantes. Em seu entender, o próprio Poder Judiciário ganha com decisões dessa natureza, na medida em que não tem decisões e teorias rejeitadas ou até mesmo inadmitidas no meio político e social, as quais podem ser inclusive descumpridas.

O minimalismo judicial permite que os princípios gerais vigentes no sistema convivam em harmonia em um ambiente plural, característico nas sociedades modernas. A densificação desses enunciados normativos em decisões judiciais com amplitude desnecessária enseja divisões na comunidade e pode comprometer a sua ordem social. O minimalismo judicial contribui, ainda, para as sociedades que almejam evolução moral e progresso em longo prazo, pois impedem que os pensamentos se calcifiquem e se enrijeçam, sendo possível amadurecer e evoluir com o passar do tempo. Em seu posicionamento é preciso que haja abertura para novos fatos e para novas perspectivas, sendo que a intervenção ativista do Judiciário pode ser um grave entrave para o atingimento desse objetivo⁷⁶⁶.

Nessa mesma linha de entendimento, Adrian Vermeule propõe uma ação mais contida do Poder Judiciário, deferente aos demais poderes eleitos democraticamente, sendo que as Cortes devem acatar as posições legislativas e, inclusive, os seus silêncios, em hipóteses de incerteza sobre os seus vereditos⁷⁶⁷.

<<http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/sustain-1.pdf>>. Acesso em: 26.05.2018) o minimalismo judicial se justifica nas seguintes hipóteses: a) quando o Magistrado se deparar diante de questões de alta divergência moral; b) os valores em jogo ainda estiverem sendo amadurecidos na sociedade; c) a Corte não estiver segura sobre a sua decisão; d) quando não se tiver informações relevantes que possam garantir que as decisões serão proferidas de maneira certa.

⁷⁶⁶ Cf. CASS R. SUNSTEIN, “*Decisões Políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional*”, op. cit., p. 308/309. O doutrinador aponta que: “Frequentemente, pessoas comuns discordam de modo profundo sobre uma questão – o que fazer a respeito do Oriente Médio, da pornografia, dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, da guerra contra o terrorismo – e às vezes, concordam em não discutir muito tal questão como uma maneira de postergar de uma para a outra suas fortes convicções e mostrar uma medida de reciprocidade e respeito (mesmo se, de algum modo, elas não respeitam a convicção particular que está em jogo). Se reciprocidade e mútuo respeito são desejáveis, supõe-se que funcionários públicos ou juízes, talvez até mais do que pessoas comuns não devam desafiar seus concidadãos a comprometimentos mais profundos e delineados, pelo menos se os compromissos são razoáveis e se não há necessidade de fazê-los. Sem dúvida, podemos ver uma espécie de caridade política na recusa de contestar aqueles compromissos assumidos quando a vida pode prosseguir sem qualquer contestação assim”.

⁷⁶⁷ Cf. ADRIAN VERMEULE, *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal*

A preocupação do autor é principalmente em relação às escolhas interpretativas que as Cortes Constitucionais realizam diante de condições incertas, verificáveis em enunciados normativos indeterminados; condicionantes empíricas duvidosas; deficiências em relação ao acesso informacional e visões restritas a respeito dos desdobramentos sistêmicos das decisões tomadas. Nessas hipóteses, o Poder Judiciário deve adotar uma postura com maior deferência aos legisladores, uma vez que entende que é o Parlamento a instituição com competência para promover as atualizações constitucionais que se fizerem pertinentes⁷⁶⁸.

Assim como Alexander Bickel, John Hart Ely, Cass Sunstein e Adrian Vermeule o fizeram, cada um a sua maneira, outros doutrinadores também definiram limites, inclusive em diferentes domínios que não apenas no direito e em solo americano, para a intervenção da Justiça Constitucional. Entre eles, tem-se Jürgen Habermas.

Em seu livro *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*⁷⁶⁹ o filósofo e sociólogo alemão promove uma avaliação sobre a legitimidade da Justiça Constitucional e da sua participação no processo democrático. E conclui ser por meio dos procedimentos e dos canais de comunicação disponíveis no processo deliberativo que os cidadãos livres e iguais fazem as suas próprias escolhas públicas⁷⁷⁰.

Em seu entender, os direitos positivados, diferentemente da corrente *jus* naturalista, não decorrem de uma força transcendental, tampouco, como defendido por Dworkin, provêm de uma ordem de valores e de convicções éticas. Os direitos positivados são, na realidade, o produto da escolha racional e consciente da população, em um processo que envolve convencimento e consenso coletivo⁷⁷¹. Logo, o direito deve ser desenvolvido em um ambiente

interpretation, Harvard University Press, Cambridge in London, 2006, p. 255/276. O doutrinador sugere que as Cortes precisam ser deferentes aos legisladores nos casos de ambiguidades nas disposições constitucionais e deferentes aos agentes administrativos quando essas ambiguidades também ocorram nos demais estatutos normativos que regulamentam a ação administrativa.

⁷⁶⁸ Cf. ADRIAN VERMEULE, *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, op. cit., p. 233.

⁷⁶⁹ Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, 1º volume, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997 e JURGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, 2º volume, 2ª edição, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003. Sobre o tema, ver, ainda, PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, op. cit., p. 417/421; GUSTAVO BINENBOJM, A nova Jurisdição Constitucional Brasileira, op. cit., p. 107/120 e NYTHAMAR H. FERNANDES DE OLIVEIRA JUNIOR, “Teoria Discursiva do Direito e democracia deliberativa segundo Jürgen Habermas”, In Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira (Orgs.), *Correntes Contemporâneas do pensamento jurídico*, Ed. Manole, Barueri, 2010, p. 61/81.

⁷⁷⁰ Em breve resumo, PAULO OTERO (*Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 418) afirma que Habermas procura construir um modelo de “democracia deliberativa” fundamentado em processos de comunicação e de autonomia política, alicerçados em uma teoria da discussão.

⁷⁷¹ Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, 1º volume, op. cit.,

democrático, com base em pressupostos comunicativos e procedimentais que permitam que durante o processo deliberativo o melhor argumento vença⁷⁷², de acordo com a decisão dos integrantes da sociedade⁷⁷³.

Para Habermas, os direitos têm como fundamento uma concepção procedimental, relacionada às ideias de comunicação e de discurso entre os indivíduos. Para que as garantias de autonomia privada sejam resguardadas, precisam ser asseguradas condições básicas aos cidadãos, que possibilitem igualdade de chances a todos nos processos de formação da opinião e da vontade⁷⁷⁴. Esse grupo de direitos corresponde aos direitos elementares, alguns de cunho social e econômico. Ao lado das liberdades negativas dos cidadãos, entram a solidariedade e a orientação do bem comum, como novas fontes de alinhamento social⁷⁷⁵. Em suas palavras, “não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos⁷⁷⁶”. Somente a partir desses pressupostos mínimos seria possível o exercício da autonomia política dos cidadãos e, por via de consequência, o desenvolvimento efetivo do regime democrático, opinião com a qual concordamos.

Dessa forma, a maioria política não pode obstaculizar os direitos fundamentais para a

p. 321/323. O autor descreve que: “A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. (...) Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (...) Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide *e o ipso* com aquilo que é igualmente bom para todos”.

⁷⁷² Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, 1º volume, op. cit., p. 345/346.

⁷⁷³ Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, 1º volume, op. cit., p. 158. Para o autor, a autolegislação dos cidadãos, produto da autonomia, deve ser mais geral e neutra. O princípio do discurso auxilia nesse processo e é indiferente à moral e ao direito. Em suas palavras: “A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral - constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos”.

⁷⁷⁴ Cf. GUSTAVO BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, op. cit., p. 111.

⁷⁷⁵ Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, 1º volume, op. cit., p. 333.

⁷⁷⁶ Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, 1º volume, op. cit., p. 162.

construção do processo democrático. E é nesse espaço que a Justiça Constitucional pode penetrar na arquitetura institucional. O papel da Justiça Constitucional seria o de assegurar a autonomia de cada indivíduo para que possa debater em uma atmosfera de liberdade e de igualdade, posto que a maioria, representada pelos representantes eleitos, não tem o poder de inviabilizar o próprio processo democrático. Em outras palavras, a função da Justiça Constitucional seria a de resguardar a autonomia política dos cidadãos e examinar as normas que contrariem os pressupostos comunicativos e condicionantes da democracia⁷⁷⁷. Contudo, quando o sistema estiver funcionando adequadamente, o controle de constitucionalidade não teria permissão para influir nos resultados provenientes do processo de deliberação comunicativa, tampouco adotar um posicionamento pautado na ordem de valores e tomá-la como parâmetro para as suas decisões. Tal critério incidiria no risco de juízos irracionais⁷⁷⁸. Nesse caso, a vontade majoritária deve prevalecer e somente poderá ser objeto de alteração, por meio de novos debates públicos, em conformidade com os regramentos democráticos preestabelecidos no ordenamento posto.

Em contraponto às correntes de pensamento acima destacadas, existem posicionamentos na filosofia do direito e na ciência política que aproximam a ética do Direito, conferindo fundamentos de natureza moral, com impactos diretos na definição dos limites da Justiça Constitucional.

Nesse sentido, John Rawls publicou a obra “Uma Teoria da Justiça⁷⁷⁹”, na década de setenta do século passado, considerada um significativo marco desta corrente doutrinária, responsável por reposicionar a ética à condição também de categórico jurídico. Em uma visão geral, a teoria da justiça proposta por Rawls concebe o indivíduo como um ser racional que possui as suas próprias concepções acerca do bem, da justiça e da sociedade, bem como sobre as suas necessidades e limitações pessoais e sobre os objetivos que pretende atingir.

O autor propõe uma renovação do pacto social para que haja a sua formação a partir de um procedimento que prevê uma situação inaugural hipotética, denominada de “véu da ignorância”. Por seu intermédio, as pessoas, utopicamente, deixam de conhecer as suas posições na sociedade e os seus projetos de vida e se encontram em um mesmo patamar original, baseado no consenso, em que, de plano, são asseguradas liberdades iguais e

⁷⁷⁷ Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, op. cit., p. 325/326. Para o doutrinador, trata-se de uma concepção procedimentalista da Constituição, capaz de conferir legitimidade democrática à Justiça Constitucional e ao controle de constitucionalidade.

⁷⁷⁸ Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, op. cit., p.322.

⁷⁷⁹ Cf. JOHN RAWLS, *Uma teoria da Justiça*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997.

condições mínimas equitativas de oportunidades a todos. A posição equitativa de oportunidades está relacionada à ideia de justiça distributiva e de garantia de condições para a sua realização e é chamada pelo autor de “princípio da diferença”⁷⁸⁰.

Com o “véu da ignorância” seria mais fácil atingir uma opinião coletiva que fosse convergente. Sem conhecer as suas posições sociais pretéritas e, portanto sem defender os seus interesses pessoais, os membros da sociedade tendem a selecionar um conjunto de princípios estruturantes que seja comum, de modo a garantir liberdade a todos e um padrão mínimo de bem-estar⁷⁸¹. A teoria de justiça de John Rawls almeja estabelecer os princípios estruturantes da sociedade, a fim de que os resultados, se não levarem a uma situação justa, ao menos, conduzam para algo que não seja considerado absolutamente injusto⁷⁸². Para tanto, enfoca nas liberdades e nos direitos fundamentais⁷⁸³, conferindo-lhes um status especial em relação aos demais valores e dispositivos normativos.

A partir desse marco inicial de índole estruturante, cada indivíduo utilizará a sua liberdade para trilhar caminhos únicos, de acordo com as suas capacidades, concepções e anseios pessoais. Em outras palavras, todos devem possuir pontos de partida semelhantes, para que cada ser humano consiga formar a sua própria ideia sobre o bem e sobre a promoção da justiça e, como desdobramento, efetuar as suas escolhas futuras. Tal posição inicial não impede que, ao longo do caminho, as desigualdades sociais e econômicas surjam entre as pessoas, naturalmente, como resultado das suas decisões individuais.

Ao conferir um valor superior às liberdades fundamentais e ao promover um novo pacto acerca da teoria da justiça, Rawls posiciona esses princípios estruturantes constitucionais que compõem a ideia básica da razão pública acima da liberalidade das forças políticas majoritárias. Para ele, o fato de os indivíduos terem o direito de se posicionar livremente sobre sua concepção do justo não impede que entrem em consenso e endossem uma teoria política sobre justiça, com base em valores básicos e estruturantes, os quais são

⁷⁸⁰ Cf. JOHN RAWLS, *Uma teoria da Justiça*, op. cit., p. 160/166.

⁷⁸¹ Cf. JOHN RAWLS, *Uma teoria da Justiça*, op. cit., p. 80/166.

⁷⁸² Cf. ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 3ª edição, Ed. Renovar, São Paulo, 2011, p. 146.

⁷⁸³ Cf. JOHN RAWLS, *O liberalismo Político*, 2ª edição, Ed. Ática, São Paulo, 2000, p. 344/363. O autor estabelece cinco tipos de bens primários que caracterizariam as condições necessárias para possibilitar que as pessoas realizem suas concepções individuais e desenvolvam as suas capacidades morais. São elas: a) liberdades fundamentais, como as liberdades de pensamento, consciente e congênere; b) liberdade de movimento e livre escolha de ocupação em um cenário de oportunidades diversas; c) poderes e prerrogativas de posições e cargos de responsabilidade; d) renda e riqueza, compreendidos como meios polivalentes para a realização de uma grande variedade de fins, quaisquer que sejam; e) as bases sociais do respeito próprio.

inscritos no texto constitucional.

Assim, a Constituição é concebida como uma garantia, cujos direitos e liberdades fundamentais devem ser assegurados principalmente pelas forças políticas democraticamente eleitas, mas não somente por elas, sendo cabível a *judicial review*. A Lei Fundamental não pode ser corroída pela maioria, tampouco por interesses específicos pertencentes, não raras vezes, a grupos organizados, hábeis para obterem o que querem. A intervenção da Justiça Constitucional, segundo Rawls, não é antidemocrática, uma vez que é assegurada pela vontade suprema da população, por meio da sua Constituição. O papel da Corte Constitucional é interpretar o conteúdo da razão pública⁷⁸⁴, não como um legislador negativo, mas, em certas ocasiões, de forma substantiva, em prol da concepção de justiça como equidade⁷⁸⁵.

Em sua obra *O Liberalismo Político*, John Rawls deixa claro que o “princípio da diferença”, as questões afetas à justiça distributiva e das condições para a sua concretização, embora devam ficar sob a responsabilidade do Legislativo⁷⁸⁶, podem ser objeto da jurisdição constitucional, em certas condições. Apesar de os indivíduos não possuírem capacidades iguais, têm, de fato, direito a um grau mínimo essencial de faculdades morais, intelectuais e físicas necessárias para o exercício das suas liberdades, as quais podem ser judiciáveis. As outras demandas afetas ao tema que não tratem deste mínimo essencial ficam a cargo de deliberação pelo Legislativo⁷⁸⁷.

Outra consideração apontada por Rawls é de que, quando possível a intervenção jurisdicional, os juízes não podem invocar as suas próprias moralidades, os seus ideais e as

⁷⁸⁴ Para JOHN RAWLS (*O liberalismo político*, op. cit., p. 261), uma sociedade política é composta por agentes racionais, capazes de escolher as suas finalidades, colocá-las em uma ordem de prioridades e tomar as suas decisões de acordo com esses procedimentos. A forma como uma sociedade política faz isso é a sua razão pública. Concebida como uma característica democrática de uma sociedade em que os seus cidadãos “compartilham o *status* da cidadania igual”. O objetivo da razão pública é o bem do público e as questões de justiça fundamental.

⁷⁸⁵ Cf. JOHN RAWLS, *O liberalismo político*, op. cit., p.286. O doutrinador pondera que o papel do Tribunal não é meramente defensivo, mas também o de promover a existência contínua da razão pública. Em seu entendimento, “a razão pública é a única razão que o tribunal exerce (...). Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que é função dos juízes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem”.

⁷⁸⁶ Cf. JOHN RAWLS, *Uma teoria da Justiça*, op. cit., p. 166.

⁷⁸⁷ Cf. JOHN RAWLS, *O liberalismo político*, op. cit., p. 396. O autor explica que: “Em síntese, a constituição especifica um procedimento político justo e incorpora as restrições que protegem as liberdades fundamentais e, ao mesmo tempo, asseguram sua prioridade. O resto fica a cargo do estágio legislativo. Uma constituição desse tipo está em conformidade com a ideia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo em que abre um espaço para a instituição da revisão judicial”.

suas convicções ideológicas e religiosas para decidirem, uma vez que são irrelevantes ao processo. Os magistrados devem utilizar-se dos valores políticos que entendam fazer parte da compreensão da justiça e da razão pública. Valores esses que possam ser recepcionados por todos os cidadãos como razoáveis e racionais⁷⁸⁸.

Com muitos pontos de convergência ao entendimento de Rawls, tem-se, também, a obra de Ronald Dworkin⁷⁸⁹. Para o doutrinador americano, o Estado de Direito tem um compromisso com a garantia substantiva dos direitos. Às regras formais permite-se que sejam acoplados conteúdos morais, atrelados ao ideal de justiça⁷⁹⁰. Essa nova concepção jurídico-política parte do pressuposto de que direitos fundamentais incorporam valores morais consentidos pela comunidade, a qual é composta por cidadãos que devem ser tratados com igual respeito e consideração. A ausência de tratamento igualitário compromete a vida política de uma nação e o regime democrático, uma vez que nem todos os seus integrantes poderão participar ativamente do processo.

Trata-se de formular uma leitura moral da Constituição e de se conceber o direito como integridade⁷⁹¹. A Constituição corresponde a um documento legal, superior aos demais, que opera como garantidora dos direitos, responsável pelo controle do poder político através de um sistema de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, necessários para resguardar a autonomia moral dos cidadãos. O direito deve ser interpretado pela Justiça Constitucional não apenas através da hermenêutica tradicional, por meio da subsunção dos fatos às regras legais, como ainda através de argumentos focados em princípios, a fim de que haja uma completa integração de cada decisão ao sistema constitucional, concebido como uno e

⁷⁸⁸ Cf. JOHN RAWLS, *O liberalismo político*, op. cit., p. 287/289. O doutrinador pondera em suas conclusões que a Constituição não é o que a Corte Constitucional diz que ela é e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, possibilita à Justiça dizer o que ela é. Uma interpretação específica de um dispositivo constitucional pode ser imposta ao Poder Judiciário através de emendas ou deliberações legislativas por meio de uma maioria política ampla e estável, como mecanismo para corrigir as decisões judiciais que sejam contrárias à razão pública.

⁷⁸⁹ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit.; RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit.; RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, op. cit.; RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1986 e RONALD DWORKIN, "O direito como interpretação", In Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira (Orgs.), *Correntes Contemporâneas do pensamento jurídico*, Ed. Manole, Barueri, 2010.

⁷⁹⁰ Ao analisar a obra de Dworkin, CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 358/359) entende que o autor norte-americano considera que a argumentação moral abarca uma construção jurídica que pressupõe um conjunto de princípios relacionados aos direitos fundamentais. Em seu entender: "Para Dworkin, a ideia de Justiça envolve um compromisso com o que designa de moral objetiva, havendo no seu entendimento respostas corretas no plano do Direito para questões morais".

⁷⁹¹ Cf. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, op. cit., p. 176/276.

coerente e formado, também pelos precedentes jurisprudenciais⁷⁹².

O processo de interpretação criativo proposto por Dworkin revela-se, em seu entender, ainda mais útil nos casos difíceis, em que inexistem regras específicas que possam ser aplicadas de forma automática, pelo operador. A busca pela melhor resposta possível depende de uma análise principiológica, no bojo de um processo em que a decisão será produto do desenvolvimento de uma argumentação racional. Por outro lado, para Dworkin, essa interpretação do direito pela Justiça Constitucional não confere ao magistrado permissão para cada juiz encontrar na história o que, pessoalmente, entende como sendo o que, segundo a sua opinião, deveria ter estado lá. O autor diz que “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que ele encontra e não inventar uma história melhor⁷⁹³”.

Contudo, é válido ressaltar que o jurista americano faz uma distinção entre os argumentos de regras, de princípios e os de política. Segundo o seu entendimento, no caso das regras, a sua aplicação se revela nos termos do tudo ou nada, de forma subsuntiva. Se presentes certos fatos, a regra incide de forma perfeita ou simplesmente não é aplicável ao caso concreto. Já no que pertine aos princípios, as coisas se passam de forma diversa. Os princípios são mais flexíveis, sendo possível a incidência de mais de um princípio em relação à mesma situação fática. Ao interpretar o caso concreto, a existência de princípios que colidam entre si não os exclui peremptoriamente, devendo-se realizar o método hermenêutico da ponderação entre os princípios em análise, com o propósito de otimizá-los. Ademais, se essas questões forem levadas ao Judiciário, as Cortes podem rever as decisões tomadas pelos demais Poderes para fazer valer, no caso concreto, os direitos morais dos cidadãos, ainda que contrariamente às escolhas da maioria política. Trata-se de um verdadeiro trunfo que provém da exigência de justiça e de equidade. Trata-se de imperativos morais reconhecidos como direitos fundamentais que possibilitam que o juiz, por meio de uma leitura moral da Constituição, ultrapasse a literalidade da lei, baseando os argumentos racionais das suas decisões em argumentos de princípio, em observância à integridade do direito. De outro lado,

⁷⁹² Para RONALD DWORKIN (*O direito como interpretação*, op. cit., p. 32), os magistrados precisam ler o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que pensavam, mas para desbravar o que fizeram coletivamente. Em suas palavras: “Qualquer juiz obrigado a decidir um processo encontrará, se procurar nos livros apropriados, registros de muitos casos similares decididos por décadas, ou mesmo séculos, por muitos outros juízes de diferentes estilos e filosofias jurídicas e políticas em períodos de diferentes ortodoxias processuais e convenções judiciais”. Em outra passagem e nessa linha de compreensão, RONALD DWORKIN (*Law's Empire*, op. cit., p. 286) sustenta que a decisão do magistrado, ou seja, as suas conclusões pós-interpretativas, deve ser fruto de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos pretéritos e os fundamente, até onde isso seja possível.

⁷⁹³ Cf. RONALD DWORKIN, *O direito como interpretação*, op. cit., p. 33.

o mesmo não ocorre em relação às *policys*, que almejam atender aos interesses gerais, nos domínios econômicos e sociais. No campo coletivo, das políticas públicas, os juízes não estão autorizados a se envolver. As escolhas políticas recaem sobre os poderes eleitos, sujeitas às preferências da população⁷⁹⁴.

Em conclusão, Dworkin defende que o governo deve ser feito pelo povo. Porém, o autogoverno somente se concretiza quando todos os integrantes da sociedade são tratados com igual consideração e respeito. A Justiça Constitucional tem o papel de fiscalizar o sistema, para que esse equilíbrio seja atingido e perpetuado. Por conseguinte, a atuação das Cortes, compostas por juízes com formação técnica e dotados de independência, guiados pelos princípios e não pela política, é legítima e constitui um efetivo reforço ao regime democrático⁷⁹⁵.

Como desdobramento da corrente construtivista que sustenta o moralismo principiológico, desenvolve-se, na América Latina e principalmente no Brasil, um movimento caracterizado pelo dirigismo constitucional e pelo ativismo judicial denominado de neoconstitucionalismo⁷⁹⁶.

De pronto, é preciso mencionar que o termo neoconstitucionalismo não possui um sentido único. Assim, sem ignorar as nuances de cada um dos pensadores que serão mencionados a seguir, procura-se estabelecer alguns aspectos dominantes que possam promover uma compreensão mais detalhada, embora não unívoca, sobre essa corrente de

⁷⁹⁴ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 22/27.

⁷⁹⁵ Cf. RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 102/104.

⁷⁹⁶ Com esse enfoque, apenas para mencionar algumas das obras que tratam do tema: LUIS ROBERTO BARROSO, *O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*, Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 22.05.2018; LUIS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996; LUIS ROBERTO BARROSO, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000; LUIS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015; PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit.; ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, op. cit.; LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, op. cit.; LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, In Luis Roberto Barroso (Org.), *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003; EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit.; JOSÉ LUÍS ENGANAÑ, *El Estado Constitucional de Derecho como paradigma jurídico*, Revista de Derecho, vol. XVI, Chile, julho de 2004; MIGUEL CARBONELL, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Ed. Trotta - UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007 e RODOLFO ARANGO, *El concepto de derecho sociales fundamentales*, Ed. Legis, Bogotá, 2005.

pensamento⁷⁹⁷.

Para o neoconstitucionalismo, a Constituição Federal corresponde ao documento máximo da nação. Em seu bojo são contemplados os direitos fundamentais, concebidos como o vértice da engenharia constitucional, os quais necessitam ter efetividade. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo promove uma nova leitura sistêmica, baseada na ideia de dirigismo constitucional, em que a Carta Magna constitui uma ordem de valores e possui um papel de protagonismo supremo em torno da valorização dos direitos fundamentais e das suas aplicações imediatas, inclusive no que diz respeito aos direitos sociais e econômicos. Os argumentos em torno das reservas do politicamente oportuno e do financeiramente possível são considerados de forma parcimoniosa em relação aos denominados interesses primários do Estado, consubstanciados pelos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo propõe uma nova forma de pensamento que provém da supremacia material da Constituição, como um novo paradigma jurídico⁷⁹⁸. Essa corrente almeja conferir um maior reforço aos direitos fundamentais consagrados na Constituição através de regras, princípios e valores concebidos como garantias efetivas, com capacidade de serem realizadas na prática, inclusive com a participação ativa da jurisdição constitucional. Para João Palma Ramos, as transformações advindas do neoconstitucionalismo derivam de dois processos que se desenvolveram de forma simultânea: “a judicialização da Constituição e a constitucionalização do direito⁷⁹⁹”.

Consoante Luís Roberto Barroso, o movimento neoconstitucionalista pretende garantir a efetividade máxima da Constituição e dos direitos fundamentais, o que fez com que, no plano jurídico, a Carta Constitucional se transformasse em fonte de direitos e de obrigações, independentemente de intervenção legislativa. No plano científico, reconheceu ao direito constitucional e à Constituição uma atuação dogmática e não meramente política ou

⁷⁹⁷ Para CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça Constitucional. O Direito do contencioso constitucional*. Tomo II, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 512), o neoconstitucionalismo é uma corrente que pode ser considerada um “chapéu de chuva”, eis que pode acolher diversas correntes. Em outra oportunidade, CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 369) resume o movimento neoconstitucionalista. Para ele: “O neoconstitucionalismo cria, deste modo, uma narrativa constitucional centrada em torno da valorização dos direitos sociais e que envolve a associação entre um certo estruturalismo de base marxista e a teoria monista da ‘ordem constitucional’”.

⁷⁹⁸ Cf. JOSÉ LUÍS ENGANÃ, *El Estado Constitucional de Derecho como paradigma jurídico*, op. cit., p. 299/310. Para PAULO BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 579/647), o novo paradigma constitucional se assenta numa ordem finalística e de valores e não em uma formatação meramente formal, originando uma teoria material da Constituição, diversa do positivismo e do direito natural.

⁷⁹⁹ Cf. JOÃO PALMAS RAMOS, “Estado de Direito como Estado Constitucional: o Neoconstitucionalismo”, In António Manuel Hespanha e Teresa Pizarro Beleza (Apresentação), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011, p. 147/148.

sociológica. Por fim, sob o ponto de vista institucional contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário, conferindo-lhe uma importância decisiva, na medida em que passa a ser a instituição responsável pela garantia do sistema constitucional e, por conseguinte, da concretização dos valores e dos direitos constitucionais⁸⁰⁰. A Constituição deixa de ser vista como um mero texto formal destinado à organização e à estruturação política do Estado e passa a ter força normativa, conferindo eficácia aos direitos fundamentais e aos valores a ela atrelados. Os Tribunais Constitucionais, de outro giro, apresentam uma dimensão política reconhecida constitucionalmente⁸⁰¹.

A Justiça Constitucional, dentro da concepção neoconstitucionalista, atua com legitimidade e de forma vivaz, para eliminar normas inconstitucionais da ordem jurídica, mas também em caráter supletivo, nas hipóteses de omissão total ou parcial do legislador. Na doutrina da efetividade neoconstitucionalista, o Judiciário convive com a teoria dos princípios e precisa enfrentar questões afetas às colisões e às restrições dos direitos fundamentais e o mínimo existencial. Nessa ótica, no processo de interpretação constitucional, os princípios possuem preferência em relação às regras jurídicas. Por detrás de cada regra, há um princípio dirigente⁸⁰². Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana surge como núcleo basilar, com desdobramentos que se irradiam por toda a ordem jurídica e que fundamentam direitos e deveres, com possibilidade de aplicação direta, em certas situações⁸⁰³.

Os métodos de interpretação jurídica tradicional são reforçados por essa nova visão, que procura superar o formalismo jurídico e a lógica subsuntiva. O pluralismo das sociedades modernas e as suas complexidades exigiu mudanças, inclusive no campo da dogmática-constitucional. A ambiguidade das linguagens; a impossibilidade de o Poder Legislativo

⁸⁰⁰ Cf. LUIS ROBERTO BARROSO, *O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*, op. cit., p.05.

⁸⁰¹ Cf. JOÃO ZENHA MARTINS, “Neoconstitucionalismo e interpretação conforme”, In António Manuel Hespanha e Teresa Pizarro Beleza (Apresentação), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011, p. 195.

⁸⁰² Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, p. 512/513. Entendendo que há uma preferência dos princípios em relação às regras, ver PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 286 e EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 318/332. Em sentido, diverso, entendendo não haver uma hierarquia entre as regras e os princípios, sendo aberta ao operador a avaliação, no caso concreto, o alinhamento entre eles, em prol da unidade do sistema constitucional, ver LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, op. cit., p. 255/257.

⁸⁰³ Para um melhor aprofundamento do tema, ver ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, op. cit., p. 291/365. Para a doutrinadora, o princípio da dignidade da pessoa humana possui um núcleo sindicável representativo do mínimo existencial, formado pelas condições materiais essenciais para a sobrevivência condigna do indivíduo. Com o intuito de precisar esse conteúdo mínimo de direitos, a autora destaca a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.

prever antecipadamente todas as hipóteses por meio da legislação; o dinamismo do mundo moderno e os desacordos morais cada vez mais intensos e diversificados são fatores que não podem ser ignorados pelos operadores. Ao reconhecer que o mundo mudou, os neoconstitucionalistas entendem ser necessária a introdução de novos pressupostos metodológicos para lidar com essa realidade repleta de nuances. E, a partir dessa constatação, advogam que o sistema precisa ser relido através de novas concepções e ferramentas, baseadas na ideia de supremacia constitucional; da interpretação conforme à Constituição⁸⁰⁴; da técnica de ponderação e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, principalmente úteis aos casos difíceis apresentados ao Judiciário⁸⁰⁵. A nova interpretação baseada na ponderação almeja a otimização dos princípios e dos direitos fundamentais presentes na ordem jurídica, a fim de obter a sua máxima efetividade. Ao avaliar as correntes neoconstitucionalistas, Carlos Blanco de Moraes conclui que o direito é compreendido mais como direito interpretado do que direito decidido, sendo que a jurisprudência assume-se como fonte transformadora do direito, condicionando o sentido e o alcance das normas⁸⁰⁶.

Para que as engrenagens do sistema constitucional funcionem em harmonia, muitos dos neoconstitucionalistas defendem que as normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais possuem eficácia imediata e direta⁸⁰⁷, razão pela qual podem ser asseguradas pelo Poder Judiciário, nos casos em que os demais poderes políticos eleitos pelo sufrágio universal não os resguardarem.

⁸⁰⁴ Sobre a temática da interpretação conforme, ver JOÃO ZENHA MARTINS, *Neoconstitucionalismo e interpretação conforme*, op. cit., p. 204/210. Para o doutrinador, a interpretação conforme à Constituição obedece a dois propósitos hermenêuticos fundamentais: a) Na hipótese de haver múltiplas interpretações possíveis, deve-se adotar aquela que promova a melhor realização das finalidades constitucionais (postulado da maximização das normas constitucionais), b) existindo duas ou mais interpretações deve-se acolher a que possibilite o sentido constitucionalmente conforme à Constituição, a fim de que o preceito não seja afastado ou invalidado enquanto puder ser interpretado de acordo com o sistema constitucional. Ver, ainda, GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 327/335 e p. 390/406.

⁸⁰⁵ Cf. ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, op. cit., p. 75/122 e PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 513/515.

⁸⁰⁶ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, p. 513. O doutrinador lusitano aponta, ainda, que para alguns neoconstitucionalistas “o direito é o que dizem os juízes a partir dos princípios e não o que consta das leis”.

⁸⁰⁷ Com esse entendimento, ver EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 318/332. Ao avaliar a teoria neoconstitucionalista sob esse enfoque, JOÃO PALMA RAMOS (*Estado de Direito como Estado Constitucional: o Neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 156/157) resume o pensamento dessa corrente, nos seguintes termos: “Trata-se de salientar o caráter vinculativo, ou seja, o cumprimento obrigatório das normas constitucionais, as quais se encontram investidas de plena eficácia. A concepção da Constituição como realidade jurídica nova acarreta consequências jurídicas relevantes, dada a forma como o texto constitucional se impõe na ordem jurídica, que resulta do conceito de supremacia constitucional”. De forma menos abrangente, limitando ao mínimo existencial o núcleo sindicável dos direitos fundamentais, ver ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, op. cit., p. 295/361.

A criação judicial do Direito é um fenômeno que não é rechaçado. Ao contrário. Em seus entendimentos, a Justiça Constitucional, na condição de guardião da Constituição, precisa, não raras vezes, substituir o legislador, quando esse se mantém inerte, em razão de não querer ou não conseguir atuar diante de casos difíceis e polêmicos. A jurisprudência assume um papel relevante na conformação constitucional. A utilização de valores e de princípios abre espaço para que se promova o ativismo judicial, através da interpretação judicial construtivista do texto constitucional, inclusive na seara da implementação das políticas públicas. A repercussão política das decisões proferidas pela Justiça Constitucional não é recepcionada de forma negativa, mas sim como uma decorrência lógica das regras do jogo constitucional. Trata-se, na visão de Luís Roberto Barroso, “de uma inevitabilidade”, em que o Poder Judiciário atua ora no papel contramajoritário, na defesa dos direitos fundamentais, ora na função representativa, para oferecer respostas à população, em relação às demandas sociais que não sejam satisfeitas pelas forças políticas⁸⁰⁸.

Para os neoconstitucionalistas, a objetividade e a neutralidade desejadas pelos positivistas são impossíveis de ser alcançadas, sendo, portanto, ilusória a concepção de que a ciência jurídica é um domínio cientificamente puro. O direito é uma ciência multidisciplinar, influenciada por múltiplas outras ciências, como a sociologia, a economia, a psicologia e a filosofia e construída por homens, dotados de referências, desejos e memórias igualmente diversos, reflexo das suas vivências pessoais. Assim, é preciso conceber a objetividade e a neutralidade do direito na medida do possível, a fim de impedir que os julgamentos das Cortes não ocorram em conformidade às próprias simpatias ou preconceitos do julgador, mas em função das leis, dos regramentos, dos valores e dos princípios contemplados na Constituição⁸⁰⁹.

Após breves considerações a respeito das diferentes teorias desenvolvidas no direito

⁸⁰⁸ Cf. LUIS ROBERTO BARROSO, *O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*, op. cit., p.17. O autor oferece dois exemplos. O primeiro relativo ao reconhecimento das uniões homoafetivas. No Brasil, inexistia legislação tratando do tema, o que fez com que o Supremo Tribunal Federal intercedesse. Em seu entender, não se trata de voluntarismo judicial, mas de encontrar no sistema constitucional vigente a melhor solução para a situação fática com repercussão jurídica que se encontrava desprotegida, pela inércia legislativa. O segundo exemplo apresentado pelo doutrinador refere-se à interrupção da gestação de fetos anencefálicos em que a Corte Constitucional brasileira viu-se obrigada a atuar, a fim de equacionar o problema.

⁸⁰⁹ Cf. LUIS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, op. cit., p. 256. Em seu entendimento: “A impossibilidade de se chegar à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas do direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos”.

constitucional e na ciência política a respeito dos limites da intervenção jurisdicional, não se pode deixar de considerar que foi a teoria neoconstitucionalista a que mais fortemente influenciou o constitucionalismo brasileiro contemporâneo. O seu impacto tem promovido, apesar de minoritárias críticas doutrinárias, uma reconfiguração do princípio da separação dos poderes. Fato é que o ativismo judicial nacional e as suas consequentes decisões de cunho aditivo têm provocado desdobramentos diretos no orçamento e no ciclo das políticas públicas elaboradas, deliberadas e executadas pelos demais poderes da República.

Dessa feita, o florescente desenvolvimento da Justiça Constitucional no Brasil e os efeitos políticos e jurídicos da sua ativa intervenção ensejam novos e complexos questionamentos. É preciso esclarecer se o ativismo judicial no país tem promovido a efetividade da Constituição e a valorização dos direitos fundamentais ou se trata de uma intervenção equivocada da Justiça Constitucional, carente de limites e de critérios, desrespeitosa com os poderes dotados de competência orçamental. Esse ponto merece atenção e será objeto de investigação nas considerações que seguirão.

6.4 A Justiça Constitucional e os atos políticos

Se a legitimidade da Justiça Constitucional e os seus limites são questionados frente ao princípio da separação dos poderes, o debate torna-se ainda mais polêmico quando recai mais especificadamente sobre os atos políticos. Por muitos anos, adentrar por essa porta parecia ser algo proibido, um verdadeiro dogma jurídico que nenhum operador ousaria enfrentar. Sobre a política, os atos praticados em seu nome e os seus agentes havia uma aura que lhe conferia um tom etéreo, quase que impenetrável, como se fossem deuses localizados no olimpo, tratando de assuntos essenciais relacionados ao mundo dos mortais.

A (super)valorização dos atos políticos tinha como fundamento o seguinte raciocínio: A política compreende uma função específica, primária, responsável pela tomada das decisões mais fundamentais do Estado, a qual deve ser desenvolvida com máxima liberdade. Logo, o seu exercício e a sua avaliação somente poderiam ser feitos, de acordo com a sua própria lógica, sem interferências externas de outras instituições, sem os regramentos aplicáveis aos demais membros da sociedade, esses sim meros cidadãos comuns...

Com o passar do tempo, contudo, as indagações nessa seara começaram a surgir, para se tentar definir, com maior precisão, a função política e o enquadramento jurídico-

constitucional dos atos dela decorrentes. Para o escoreito enfrentamento do tema é preciso esclarecer quais atos podem ser catalogados como políticos e se estes são emitidos apenas pelo Poder Executivo ou, também, podem sê-lo pelos demais Poderes. Em seguida, é preciso verificar se a fiscalização judicial dos atos políticos se faz possível quando o Governo, no exercício da sua função política, promove violações aos direitos contemplados na Constituição Federal ou se constituem atos isentos de controle de constitucionalidade. Tudo, para o prosseguimento da presente investigação que pretende avançar em águas igualmente turbulentas, em torno dos limites da intervenção judicial em relação aos deveres prestacionais e as suas repercussões orçamentárias.

Por ora, passamos ao debate relacionado aos atos políticos e a Constituição, o qual não é recente na história do constitucionalismo ocidental. Pode-se afirmar, inclusive, que o surgimento dos atos políticos encontra os seus fundamentos na evolução histórica da própria Justiça Administrativa⁸¹⁰.

Nos tempos de absolutismo monárquico, a ação do Executivo encontrava-se à margem de qualquer tipo de controle. Contudo, os movimentos liberais europeus, no século XVIII, procuraram mudar essa realidade e o direito administrativo exsurge quando o Governo decide submeter as suas ações e as suas atividades ao direito. É o prenúncio do controle das demandas jurídico-administrativas. No entanto, não se deve esquecer que, nessa época, em muitos países, o cenário político era adverso ao Poder Judiciário, visto com bastante desconfiança pelos revolucionários, como um poder coligado às forças políticas absolutistas de outrora, merecedor de uma credibilidade diminuta.

Provavelmente, esse tenha sido o motivo pelo qual o contencioso administrativo pós-Revolução Francesa tenha se caracterizado por ser uma Justiça Administrativa desenvolvida no âmbito da própria Administração Pública e distante dos tribunais compostos por magistrados⁸¹¹.

⁸¹⁰ Para um melhor aprofundamento sobre a evolução histórica da jurisdicionalização do contencioso-administrativo, ver VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as ações no novo processo administrativo*, 2ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2009, p. 09/52; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 269/275; EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edição, Ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 64/65; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2009 e MARCOS CALDEIRA, *Actos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, op. cit., p. 56/72.

⁸¹¹ Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as ações no novo processo administrativo*, op. cit., p. 13/15. Segundo PAULO OTERO (*Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à Juridicidade*, op. cit., p.

Em 1799, surge na França o denominado *Conseil d'État*, responsável por ser o órgão consultivo do Governo e também pela resolução dos litígios jurídico-administrativos. Inicialmente, as suas decisões submetiam-se à posterior homologação do Chefe de Estado. Em seguida, o órgão ganhou maior independência, com poderes para decidir as demandas jurídico-administrativas em caráter definitivo, assumindo-se como um verdadeiro Tribunal Administrativo.

No exercício das suas funções, foi o próprio *Conseil d'État* quem reconheceu uma esfera específica de atos que poderiam ser cometidos pelo Poder Executivo sem que fossem submetidos ao controle do Tribunal. A autorrestrição imposta pelo referido conselho recaía sobre os atos cometidos pela Administração no exercício da sua função política. E, a seleção dos atos políticos do Governo era desenvolvida pelo próprio Poder Executivo. Bastava a Administração definir que o ato submetido ao *Conseil d'État* era qualificado por ela como de natureza política para que o seu controle ficasse automaticamente vetado, o que, sem dúvida, prejudicava a fiscalização⁸¹². O paradoxo da situação gerou inúmeras críticas e proposições de soluções alternativas.

Com o tempo, para a definição dos atos políticos de governo, surgiu uma teoria intitulada de “teoria da enumeração”, em substituição ao modelo anterior, denominado de “móbil político”. Por meio da “teoria da enumeração”, a definição de atos políticos não seria mais feita pelo próprio Executivo. A tarefa recairia ao Tribunal que seria o responsável por elencar, de forma casuística, o rol dos atos políticos que estariam imunes ao seu controle. Como se poderia prever, porém, o caráter aleatório da escolha gerou inúmeros questionamentos, em que pese a enumeração tivesse a vantagem de gerar precedentes, o que conferia um pouco mais de estabilidade ao sistema contencioso-administrativo.

Fato é que a Justiça Administrativa passou por inúmeras fases e proposições, cujas análises em profundidade extrapolam o presente trabalho. No entanto, da evolução da Justiça Administrativa e do processo de qualificação dos atos políticos verificam-se, na doutrina,

275/276), o espírito vigente à época era no sentido de que julgar a Administração ainda era administrar, não podendo recair aos Tribunais a análise dos litígios jurídico-administrativos. Para o doutrinador lusitano, o princípio da separação dos poderes constituiu um mero pretexto para se ampliar a liberdade decisória da própria Administração Pública. O objetivo não era fazer com que os particulares tivessem um canal de comunicação com a Administração Pública, em casos de abusos de poder. A sua origem histórica revela a preocupação do Governo de se subtrair aos Tribunais e, nessa conformidade, reduzir as garantias dos próprios particulares.

⁸¹² Para MARCOS CALDEIRA, *Actos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, op. cit., p. 65/66, a teoria do “móbil político” acarretava a absoluta impunidade da Administração Pública, uma vez que era o próprio autor do ato administrativo o responsável por decidir se o mesmo poderia ou não ser submetido ao controle desempenhado pelo *Conseil d'État*.

posicionamentos mais uniformes para distinguir os atos meramente administrativos, ainda que cometidos pelas autoridades políticas, dos atos propriamente políticos.

Podem ser definidos como atos políticos aqueles atos imediatamente subordinados à Constituição, estruturais e orgânicos, fundamentais ao funcionamento do Estado e à defesa da ordem e da unidade constitucional⁸¹³. É através da função política que são definidos os ideais coletivos, que são escolhidos os fins concretos a serem perquiridos pelo Estado, bem como os meios para as suas implementações. A sua característica mais marcante é a liberdade de opção na solução dos problemas fundamentais da comunidade. Para Jorge Miranda, a função política é a definição primária e global do interesse público, que promove a interpretação dos fins do Estado e a escolha dos instrumentos necessários para os seus cumprimentos em cada conjuntura política, econômica e social. Detentora de discricionariedade máxima, a função política confere ao seu titular liberdade de escolha, senão em relação ao conteúdo, ao menos quanto ao tempo e às suas circunstâncias⁸¹⁴. Sob uma perspectiva de enquadramento da função política do Estado, pode-se concebê-la em sentido macro, como uma categoria ampla, a qual se subdivide entre função legislativa e função política *stricto-sensu*, também denominada de função governativa⁸¹⁵.

Portanto, é importante destacar que nem todo ato político é emanado tão somente pelo Poder Executivo. O Governo, por sua vez, no exercício das suas funções, pratica atos de natureza política, mas também de natureza administrativa. E, tal como a função política, a

⁸¹³ Cf. CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Os actos políticos no Estado de Direito – O problema do controle jurídico do poder*, Ed. Almedina, Coimbra, 1990, p. 174/178. Sobre a temática, ver também, HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª edição, Malheiros Ed., São Paulo, 2000, p. 107/108; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos administrativos*, Ed. Almedina, Coimbra, 1987, p. 281/282; OSWALDO ARANHA BADEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª edição, Malheiros Ed., São Paulo, 2007, p. 480/482; LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, 7ª edição, Malheiros Ed., São Paulo, 2004, p. 202/203; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, Malheiros Ed., São Paulo, 2000, p. 342/343; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 12ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 1999, p. 178/179 e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. IV, Lisboa, 1988, p. 160/165. Segundo este último doutrinador, entre os atos desempenhados na função política, destacam-se os atos diplomáticos; os atos de defesa nacional; os atos de segurança do Estado; os atos de clemência e os atos de dinâmica constitucional. Esses últimos são entendidos como aqueles que colocam a vida constitucional do país em movimento. Por sua vez, embora recepcione esse critério em sua obra, “na ausência de alternativa mais satisfatória”, o doutrinador MARCOS CALDEIRA (*Actos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, op. cit., p. 99) alerta que a delimitação dos atos políticos como aqueles que promovem a prossecução dos interesses essenciais da comunidade e imprescindíveis ao funcionamento do Estado é tênue e absolutamente subjetiva.

⁸¹⁴ Cf. JORGE MIRANDA, *Funções do Estado*, op. cit., p. 93/94.

⁸¹⁵ Em que pese à concepção adotada em nosso trabalho no sentido de conceber a função política como uma macro-categoria, composta, por sua vez, pela função legislativa e pela função política *stricto sensu* ou governativa é importante destacar que parte da doutrina recepciona essas subdivisões como funções absolutamente autônomas. Com esse entendimento, ver MARCOS CALDEIRA, *Actos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, op. cit., p. 43/45.

função administrativa não é executada apenas pela Administração, podendo ser exercida pelos demais poderes. Destarte, classificações orgânicas não podem ser empregadas, com exclusividade, para a definição política ou administrativa de um ato.

Em nosso entender, a diferença essencial entre a função política e a função administrativa provém da conjugação de critérios materiais, funcionais e orgânicos. Em termos orgânicos, os atos administrativos podem ser emitidos pelas autoridades políticas, mas geralmente o são através dos seus órgãos internos organizados de forma estável e permanente. No sentido material, a função administrativa busca atender as necessidades coletivas corriqueiras, por meio da prestação de bens e de serviços à população. De outro giro, as suas efetivações não contemplam uma discricionariedade máxima, devendo ser direcionadas para o atendimento das necessidades sociais definidas por meio da função política, a qual é exercida pelas autoridades supremas do Estado. A depender do grau de precisão das escolhas políticas é conferido aos agentes administrativos, maior ou menor discricionariedade no desenvolvimento das funções de natureza administrativa. Assim, os atos administrativos correspondem às declarações emanadas pelo Estado, nas suas três esferas de Poder, e se manifestam por intermédio de comandos concretos, com o intuito de complementar ou viabilizar as decisões políticas de natureza macro, estabelecidas pelas autoridades políticas. Por fim, os atos administrativos estão sujeitos ao controle jurisdicional⁸¹⁶. A dúvida é se os atos políticos também se submetem à fiscalização do Poder Judiciário.

A respeito desta questão, um primeiro apontamento precisa ser feito. Em nosso entendimento, inexistem funções, ações e atividades estatais que não estejam sujeitas à ordem jurídica, ou seja, à margem do direito e da Constituição⁸¹⁷. Ao tratar a função política como uma decorrência direta da Carta Magna, em que são definidos os fins concretos a serem

⁸¹⁶ Para um maior detalhamento a respeito das funções administrativas, ver JORGE MIRANDA, *Funções do Estado*, op. cit., p. 93/94; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, Malheiros Ed., São Paulo, 2000, p. 343/430; NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Notas sobre a Administração Pública. O Poder Público na Constituição Federal*, op. cit., p. 916/925; MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 34/44 e LUIS MANUEL FONSECA PIRES, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, p. 173/175 e p. 199/212.

⁸¹⁷ Nesse sentido, PAULO OTERO, *Instituições políticas e Constitucionais*, vol. I, Ed. Almedina, Coimbra, 2007, p. 592/593; MARCOS CALDEIRA, *Actos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, op. cit., p. 100; JORGE MIRANDA, *Funções do Estado*, op. cit., p. 94; CRISTINA QUEIROZ, *Os actos políticos no Estado de Direito – O problema do controle jurídico do poder*, op. cit., p.174/175; LUIS MANUEL FONSECA PIRES, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*, op. cit., p. 273; OSWALDO ARANHA BADEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, op. cit., p. 480/481 e JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 649. Para o constitucionalista lusitano, todas as formas de exercício das funções políticas são jurídico-constitucionalmente vinculadas. Não se concebem atos de governo que estejam fora do direito ou da Constituição.

buscados pelo Estado, bem como os instrumentos para a sua viabilização, percebe-se que eventuais abusos e violações cometidos no seu exercício podem gerar inconstitucionalidades. Em outras palavras, os atos políticos precisam estar em consonância com a Constituição Federal, sendo vedada a prática de atos comissivos ou omissivos que provoquem violações a direitos, garantias e liberdades contidas no texto constitucional.

O caráter jurídico-constitucional dos atos políticos faz com que seja necessário que o seu titular respeite os requisitos constitucionais orgânicos relativos à competência, os formais, referentes aos procedimentos estipulados e, por fim, os materiais relacionados à vontade, ao objeto e aos fins a serem cumpridos⁸¹⁸. O ato político deve ser resultado da vontade livre, consciente e imparcial do seu titular. E ainda que a decisão possa ser tomada dentro de um espectro de máxima liberdade, em que se faz cabível optar por uma entre as soluções possíveis, a escolha política não pode estar dissonante dos objetivos e das prioridades definidos pela Constituição. Não basta a Constituição estabelecer que a educação básica seja obrigatória e gratuita a crianças de 04 (quatro) a 17 (dezessete) anos, se os poderes constituídos não efetuarem escolhas fundamentais que viabilizem o intento constitucional, bem como se não destinarem recursos suficientes para as execuções das políticas selecionadas. As escolhas das autoridades políticas que se distanciarem, injustificadamente, dos objetivos dispostos na Carta Magna não poderão ser aceitas no Estado Constitucional.

Imaginemos que um gestor, sob o argumento de promover a mobilidade urbana, decide empregar grande parte dos recursos disponíveis para esta finalidade para subsidiar pesquisas ligadas à construção de foguetes espaciais. Encontra essa escolha amparo jurídico-constitucional? Não é preciso muito esforço para responder tal indagação. O desvio de finalidade é marcante. Resta saber se poderá a Justiça Constitucional intervir, uma vez provocada.

Os poderes, no exercício de qualquer das funções do Estado, inclusive e

⁸¹⁸ Cf. JORGE MIRANDA, *Funções do Estado*, op. cit., p. 92/94. Nesse aspecto, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Notas sobre a Administração Pública. O Poder Público na Constituição Federal*, op. cit., p. 919/920) apresentam como requisitos do ato: a capacidade e competência do agente; a manifestação de vontade imparcial e impessoal do agente; a boa-fé objetiva e a coerência, vedado comportamento contraditório; a finalidade; a forma prescrita em lei; o motivo e a motivação e o objeto legal e moral sobre o qual ele incide. Para CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça Constitucional*, op. cit., 2011, p. 512/513), os atos não legislativos editados no exercício da função política *stricto sensu*, denominados de atos políticos estão, em seu entendimento, imunes ao controle jurídico. Trata-se de atos cujos comandos encontram-se no interior das relações institucionais, entre as instituições políticas, não produzindo consequências na esfera dos particulares. Ademais, são atos praticados em um espaço de liberdade dos Poderes Legislativo e Executivo de prognose e de decisão política, insuscetível de controle baseado em parâmetros normativos, sob risco de politização da Justiça.

principalmente a política que tem caráter estruturante, não poderão deixar de vincular-se aos ditames constitucionais. Como tal, sujeitam-se ao controle da Justiça Constitucional. Fica vetado, por exemplo, o cometimento de restrições infundadas aos direitos fundamentais ou a inexecução de regras constitucionais que possuam densidade suficiente para as suas aplicabilidades imediatas. O cuidado que se tem que ter é de que, embora os atos de reserva de poder político possuam vinculações com o ordenamento constitucional, uma vez que, como dito, não se encontram à margem do direito, o controle de constitucionalidade não poderá ocorrer sempre da mesma forma e em igual profundidade. O que faz com que um ato seja submetido ao controle jurisdicional não é propriamente a sua natureza política, mas sim a ocorrência de eventuais violações inconstitucionais praticadas por seu intermédio. Estas sim são questões jurídico-constitucionais e, como tal, são justicáveis. Significa dizer que mais do que a natureza do ato em exame, a sua sindicabilidade depende, essencialmente, da existência de uma violação jurídica a um direito constitucional⁸¹⁹.

Assim, se a Constituição não excluir de forma expressa a possibilidade de controle de constitucionalidade em relação aos atos políticos, entendemos que essa modalidade de ato não pode ser sumariamente isenta de fiscalização, como um dogma absolutamente impenetrável, pelo simples fato de se encontrar na reserva política do Governo ou do Legislativo.

No Brasil, não se pode deixar de mencionar que a Constituição Federal de 1988 não fez qualquer distinção capaz de transformar os atos políticos em institutos imunes à fiscalização da Justiça Constitucional. Ao contrário. Além de nada dispor em seu bojo sobre a insindicabilidade dos atos políticos, o Legislador Constituinte ainda explicitou que a lei não poderá excluir da análise do Poder Judiciário, as lesões ou ameaças de lesões a direito⁸²⁰.

O fato de se admitir, em tese, o controle de constitucionalidade dos atos políticos não significa admitir que o Poder Judiciário possa, livremente, avançar para dentro do território

⁸¹⁹ Interessante apontamento foi feito por RUY BARBOSA (*O estado de sítio*, Ed. Capital Federal, Rio de Janeiro, 1892, p. 162) ao afirmar que: “Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõe suas, cabe ao Congresso julgar. É a questão política. Se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à Justiça decidir. É a questão jurídica”. Em relação ao tema, MARCOS CALDEIRA (*Actos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, op. cit., p.142) defende que serão sindicáveis todos os atos políticos que contenham conteúdos normativos. Em seu entendimento, a exclusão de controle judicial dos atos políticos não se deve ao fato de se tratar de atos praticados no exercício da função política, mas apenas e tão somente, ao fato de não constituírem atos normativos. Para PAULO OTERO (*Direito Constitucional Português*, vol. II, Ed. Almedina, Coimbra, 2010, 172/173), encontram-se submetidos ao controle de constitucionalidade não apenas os atos políticos com conteúdo normativo e dotados de generalidade e abstração, como também os atos políticos com conteúdo individual e concreto que possuam a forma legislativa.

⁸²⁰ Cf. artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

político. Não se pode perder de vista que, nessa seara, o administrador e o legislador dispõem de uma liberdade que, embora não irrestrita, é extensa. Compete a eles e não aos juízes a valoração das alternativas que estão sobre a mesa. Cabe a eles e não aos juízes a tomada da decisão sobre questões afetas aos fins almejados pelo Estado, bem como os meios adequados para as suas obtenções. Como também, em princípio, recai sobre eles e não sobre os magistrados a competência para definir o tempo e as circunstâncias em que as ações estatais serão desempenhadas. Salvo, evidentemente, quando o próprio legislador, constituinte ou infraconstitucional, já os tiver disciplinado com exatidão.

De sorte que as ações políticas são exercidas com ampla liberdade. E ainda que tenham que se desenvolver em conformidade com os parâmetros jurídico-constitucionais, não raras vezes, há espaço para juízos de oportunidade e de conveniência. O Judiciário somente atuará nas hipóteses de violações à ordem constitucional. E para que essa avaliação seja feita é preciso ter em mente que a intervenção jurisdicional somente poderá se desenvolver, quando presentes critérios objetivos para o respectivo controle.

Em verdade, pensamos que o que deve ser discutido não é o cabimento do controle judicial em relação aos atos políticos, mas sim a definição dos seus limites, que dependem, em grande medida, da densidade dos dispositivos violados. Diferente entendimento transformaria o Tribunal Constitucional em um Tribunal eminentemente político, cuja legitimidade, com acerto, deve ser questionada. Para guardar a Constituição, o Tribunal Constitucional não tem que promover a “judicialização da política”, tampouco tem que promover um “Governo de Juízes”. O Judiciário tem que resguardar e aplicar a Constituição, de forma imparcial, nas hipóteses em que esse controle possa ser justificado de forma objetiva, sem que para tanto o julgador tenha que trocar de lugar com os atores políticos democraticamente legitimados. As reservas do politicamente oportuno e do financeiramente possível⁸²¹ que recaem sobre os direitos fundamentais, principalmente em suas dimensões prestacionais, não podem ser ignoradas. O princípio da separação entre os poderes agradece esta contenção que também pode ser vista como uma deferência – necessária – do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Após tais considerações, não se pode deixar de trazer para a temática em exame o tema orçamentário. Nessa conformidade, a primeira análise a ser feita é se o orçamento público constitui um desdobramento direto do exercício da função política.

⁸²¹ Sobre a temática ver JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, op. cit., p. 91.

Com efeito, o orçamento reflete o planejamento do Estado e as suas atividades financeiras. Na peça orçamental contemplam-se as metas e as prioridades a serem alcançadas pelo Poder Público, bem como as dotações para o atendimento dos fins pretendidos. Ao passo que serve como ferramenta de controle de poder, o orçamento também tem um caráter diretivo. Por meio do plano governamental nele contido são estabelecidos os serviços a serem prestados pelo Governo; as formas de distribuição da renda nacional; as ações empreendidas para fomentar o crescimento econômico e para combater a inflação e o desemprego. Desse modo, as informações inseridas no orçamento são de grande relevância, na medida em que permitem saber como as receitas serão aferidas e onde serão alocadas, o que confere ao instrumento um caráter inovador, livre e primário. São justamente nesses ambientes que as decisões políticas são formuladas.

Logo, se são considerados políticos aqueles atos extraídos imediatamente da Constituição, de caráter estrutural, fundamentais à unidade do Estado e ao seu funcionamento, pode-se dizer que o orçamento público é sim um desdobramento da função política⁸²² e não está imune ao controle de constitucionalidade judicial. Afinal, não há no texto da Constituição Federal de 1988 nenhum dispositivo que faça com que o orçamento ou qualquer outro ato decorrente da função política esteja ileso desta espécie de controle⁸²³. Classificar o orçamento como corolário da função política do Estado e, sob esse argumento, torná-lo inacessível ao direito e à fiscalização jurisdicional não constitui, em nosso entender, a melhor construção jurídica a ser feita. Cada um dos dispositivos orçamentários, com conteúdo, alcance e densidades diferentes, trata de questões jurídico-constitucionais. Por via de consequência, violações à Constituição devem ser controladas, inclusive pela Justiça Constitucional.

Posto isso, os argumentos que fundamentaram a legitimidade da Justiça Constitucional, outrora examinados, remanescem, mesmo em relação aos atos políticos. Não

⁸²² Com esse mesmo entendimento ver ESTEVÃO HORVATH, *Poder Executivo e Orçamento Público*, op. cit., p. 989/1005 e AMAN KHAN and W. BARTLEY HILDRETH, *Budget theory in the publicsector*, op. cit., p. X.

⁸²³ Cf. PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO, *Controle jurisdicional da Administração Pública*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 56/60. Nessa mesma linha de pensamento, ver NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Notas sobre a Administração Pública. O Poder Público na Constituição Federal*, op. cit., p. 924/925. Segundo os autores, a discricionariedade de qualquer ato estatal sempre deve estar em conformidade com a Constituição, além de observar os princípios da igualdade, da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade de ser sindicável perante o Poder Judiciário. Para ANTONIO MARTINS (*A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE 2014*, op.cit., p. 69): “se é inquestionável que o Tribunal Constitucional não tem que fazer o controle das opções políticas e ideológicas do poder legislativo e executivo, não menos certo é que estas opções têm de respeitar o texto constitucional”.

se pode esquecer de que a função política, o Poder Judiciário, o orçamento e a Constituição não vivem em casas separadas. O Estado Democrático de Direito brasileiro é um só. E tem que funcionar dentro dos parâmetros de constitucionalidade e de legalidade vigentes. Portanto, deve acomodar, de forma harmônica e coerente, todos esses conceitos, sem que um poder se sobreponha ao outro, sem que uma função seja exercida ao alvedrio do sistema constitucional, em total subjetividade. Liberdade não é sinônimo de imunidade. Cada poder deve desempenhar a sua função dentro de um espaço de valoração parametrizado pela Lei Fundamental, sob pena de seus atos serem declarados inconstitucionais e os seus agentes serem responsabilizados pelos desvios praticados.

6.5 A Justiça Constitucional e o Poder Executivo

O presente trabalho busca investigar o papel do Poder Judiciário no controle das violações dos deveres promocionais do Estado, com impactos no orçamento público, cuja elaboração, execução e autoavaliação encontram-se sob a responsabilidade do Poder Executivo.

Quando provocado para dirimir conflitos dessa natureza, o primeiro ponto a ser analisado é se o Poder Judiciário possui ou não legitimidade para atuar no feito. Os argumentos apresentados nesse capítulo demonstram o nosso posicionamento no sentido de que a Justiça Constitucional possui legitimidade para intervir. Contudo, algumas observações são necessárias em relação ao Poder Executivo, uma vez que a sua atuação possui peculiaridades próprias, no país.

A Constituição Federal de 1988 confirmou o modelo presidencialista de governo. O Poder Executivo é comandado pelo Presidente da República, eleito diretamente pelos eleitores, o qual exerce cumulativamente as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo. Pode-se afirmar que o sistema de governo escolhido pelo Poder Constituinte estabelece ao Chefe do Executivo pátrio um poder centralizado, responsável pelo gerenciamento, inclusive financeiro, da máquina pública administrativa. Mas não é só isso. Além da amplitude dos poderes gerenciais, a Constituição Federal concede ao Governo uma capacidade normativa atípica⁸²⁴,

⁸²⁴ No que diz respeito à capacidade normativa do Poder Executivo, a Constituição Federal disciplinou que compete ao Presidente da República a emissão de regulamentos normativos, mediante decretos, para o exercício das suas funções política e administrativa. Embora tenham capacidade de inovação na ordem jurídica, os regulamentos governamentais não criam direitos e obrigações aos particulares. Suas funções são complementares, de caráter acessório, uma vez que os decretos e os regulamentos expedidos precisam estar

que se mal empregada⁸²⁵, contribui para que o sistema constitucional brasileiro padeça de um desequilíbrio marcante entre os poderes, com predomínio da Administração Pública sobre o

ancorados, ainda que indiretamente, em leis infraconstitucionais anteriores. Os regulamentos podem ser divididos em duas espécies: a) regulamentos de execução, b) regulamentos autônomos. Os regulamentos de execução têm como objetivo a concretização das leis não autoaplicáveis. Embora não seja necessária expressa autorização legislativa para a sua formulação pelo Executivo, os regulamentos de execução dependem da existência de expedientes legislativos prévios. Em geral, a sua utilização ocorre com o intuito de delimitar conceitos técnicos que estejam dispostos, de forma aberta e indeterminada, nos dispositivos legais. Os decretos ou regulamentos autônomos de outro lado, não estão relacionados diretamente a leis anteriores, embora não possam ir de encontro ao ordenamento posto, submetendo-se ao princípio da legalidade. São instrumentos de atribuição governamental editados com destinação específica, voltados para a organização e para o funcionamento da própria Administração Federal, sem produção de efeitos imediatos para a vida dos particulares. As exceções constitucionais impostas a essa modalidade regulamentar é de que as suas proposituras não podem ensejar aumento de despesas, tampouco criar ou extinguir órgãos públicos, salvo quando estejam vagos. Ocorre que, apesar de os regulamentos terem requisitos específicos, a função normativa que vem sendo desempenhada pela Administração Pública tem gerado um desequilíbrio entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, possibilitando a predominância do primeiro em detrimento desse último. A situação é ainda mais grave em relação às medidas provisórias, cujo emprego tem sido intenso pelo Governo. Ao criar o instituto o objetivo do Legislador Constituinte foi conceder uma ferramenta ao Poder Executivo capaz de dinamizar a sua atuação, diante das inúmeras e novas atribuições que lhe foram impostas, a partir da Carta Constitucional de 1988. Assim, em situações excepcionais, de relevância e urgência, o texto constitucional previu ao Presidente da República a possibilidade de editar atos normativos, com força de lei, de forma unilateral, sem prévia autorização do Congresso Nacional. O fato é que a experiência nacional tem demonstrado que o manuseio das medidas provisórias tem trazido problemas na relação de interdependência funcional entre os poderes. Não por acaso o instituto constitui um dos instrumentos mais polêmicos da Constituição Federal de 1988. Primeiramente, trata-se de um mecanismo que confere ao Poder Executivo, ainda que em caráter transitório, um poder normativo unilateral, absolutamente amplo e subjetivo. Os requisitos de relevância e urgência são genéricos, com margem para interpretações dúbias sobre o que, efetivamente, possa ser considerado como importante e urgente. Outro ponto a ser considerado é a exacerbação da utilização desta espécie normativa pelo Governo que, além de demonstrar uma falta de confiança e de diálogo com o Parlamento, ainda acaba por inviabilizar o próprio processo legislativo. Isso porque se não ocorrer a sua votação no prazo disposto no texto constitucional, a pauta do Congresso Nacional é automaticamente trancada. Pode-se afirmar que o ritmo das votações parlamentares tem sido dado, em grande medida, pelo Poder Executivo, o qual possui alto poder de ingerência na função legislativa, sem que a recíproca seja verdadeira. Sobre os atos normativos do Poder Executivo, ver CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 298/318; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo*, 5ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 237/242 e FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA e GEORGE SALOMÃO LEITE, “*Delegificação Estatal e os Decretos Autônomos: limites da autonomia legislativa do Poder Executivo no Brasil*”, In George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr., *Crise dos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 949/1005.

⁸²⁵ Ao tratar do controle de constitucionalidade das medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo, percebe-se uma evolução no tratamento conferido ao tema pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, a Corte Constitucional brasileira afastava a possibilidade de avaliar a constitucionalidade do instituto em relação aos pressupostos de relevância e urgência, uma vez que ao fazê-lo, estaria adentrando no âmbito político da decisão governamental. Em seu entendimento, essa matéria era de reserva do Legislativo. Nessa linha de entendimento, ver ADIN nº 2984, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.05.2004. A exacerbação da utilização das medidas provisórias e os reiterados questionamentos formulados pelos legisladores fez com que o Supremo Tribunal Federal revisasse o seu entendimento. Os pressupostos de relevância e urgência passaram a ser apreciados pelos Ministros da Corte, mas em caráter excepcional, nas hipóteses de manifesto flagrante de inconstitucionalidade. Era, portanto, necessário verificar uma situação de evidência para que a fiscalização pudesse ser desenvolvida. De acordo com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, os critérios de relevância e urgência decorrem, a princípio, da liberdade inerente à função política exercida pelo Poder Executivo. Contudo, a Corte admite o cabimento do controle jurisdicional quando o exercício do poder normativo pelo Presidente da República se revelar abusivo e puder ser aferido pela Corte, através de parâmetros jurídico-constitucionais objetivos. Nesse sentido, ver ADIN nº 4.048, Rel. Min. Gilmar Mendes, DO de 22.08.2008.

Poder Legislativo⁸²⁶. Emprestando-se das palavras de Carlos Blanco de Moraes, uma vez que pertinentes à realidade nacional, “O ‘Estado Legislador’ cedeu lugar a um ‘Estado Administrador’⁸²⁷”.

Com efeito, a hipertrofia do Executivo impera no sistema constitucional pátrio. Em contraponto, o Legislativo desvaloriza a importância do seu papel institucional, convertendo-se, não raras vezes, em blocos de coalização com o Governo, votando toda e qualquer proposta por ele indicada, muitas vezes em troca de interesses fisiologistas⁸²⁸. Nesses casos, a governabilidade nas relações políticas é resultado de negociações e trocas, com custos financeiros e éticos elevados e questionáveis.

No campo orçamentário as iniquidades sistêmicas são graves. Conforme exposto anteriormente, a estruturação orçamental brasileira é utilizada, na prática, para reforçar as prerrogativas do Executivo, em detrimento do Parlamento, não sendo raras às vezes em que o Governo extrapola as suas atribuições constitucionais e faz uso indevido do orçamento, controlando as chaves do caixa para o atendimento de diversos interesses, nem sempre de índole republicana⁸²⁹.

Pode-se afirmar que, nos tempos atuais, o Poder Executivo possui um protagonismo

⁸²⁶ Com esse pensamento, ver MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 34ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 145/147. O debate em torno da questão competencial para a edição de atos normativos não é recente, tampouco ocorre apenas no Brasil. Na Alemanha, desenvolveu-se a denominada “teoria da essencialidade” que possui como fundamento a ideia de que as decisões consideradas como fundamentais do Estado devem ser tomadas pelo Parlamento e não pelo Governo. A definição do que corresponde à matéria essencial, reservada ao Parlamento baseia-se em dois critérios: a intensidade/relevância da decisão para os direitos fundamentais e o critério do politicamente importante ou controverso desta decisão. Para um melhor aprofundamento sobre a teoria da essencialidade, ver MARCELA ROSA ABRAHÃO, *As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do Poder Executivo*, op. cit., p. 109/172. A respeito do critério referente à relevância da decisão para os direitos fundamentais, a autora comenta a jurisprudência contida no BVerf-GE 58, 257, em que o Tribunal Constitucional alemão considerou especialmente intensiva a decisão administrativa de expulsão de um aluno de determinada escola, em razão de excluí-lo da possibilidade de ter acesso a determinada profissão, o que exigiria uma regulamentação por lei formal. A Corte Constitucional avaliou que uma decisão de reprovação de ano seria “menos decisiva” e, neste caso, poderia ser regulamentada por regulamentos jurídicos administrativos. Já em relação ao segundo critério, qual seja a importância/controversalidade das decisões, Marcela Rosa Abrahão cita o precedente BVerf-GE 49,89. Neste caso, o Tribunal Constitucional da Alemanha analisou a decisão da Administração que ensejou a permissão do uso pacífico da energia nuclear e entendeu que os largos efeitos sobre os cidadãos, acrescidos da incerteza e da controversalidade da medida transferia a responsabilidade política pela decisão ao legislador.

⁸²⁷ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 111.

⁸²⁸ Ao analisar o sistema presidencialista desenvolvido em países da América Latina, JORGE REIS NOVAIS (*Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 190) sintetiza, com clareza, as distorções sistêmicas. No seu entendimento, o presidencialismo adotado por algumas dessas nações funciona de forma imperfeita. A suposta concordância política entre a maioria parlamentar e o Presidente da República, em um cenário de democracia não suficientemente sólida, estimula o risco de degeneração do sistema para um regime autoritário, em que se verifica a concentração dos poderes na pessoa do Presidente. O Legislativo, de outro lado, deixa de funcionar como verdadeiro contrapeso ao Executivo, que governa de forma dominante.

⁸²⁹ Temática desenvolvida com maior vagar no Capítulo IV do presente trabalho.

político e decisório em detrimento da soberania parlamentar, competindo, essencialmente a ele e, ao alvedrio do Poder Legislativo, a função de cumprir os deveres fundamentais do Estado, através da elaboração e da implantação orçamentária. O Governo planeja o orçamento, conduz o processo legislativo e implementa a execução orçamental, sem que o Legislativo realize um controle efetivo, capaz de exigir do Executivo respostas e justificativas em relação ao que fora efetivamente concluído e o que fora contingenciado. Nesse cenário, o dogma da separação dos poderes “corre o risco de ser já hoje um conceito meramente nominal⁸³⁰”.

Como exemplo, basta analisarmos o direito fundamental à moradia, previsto na Constituição. Em tese, cabe ao Parlamento a função de editar leis que disciplinem a realização deste direito social. Com o objetivo de fomentar a aquisição de novas unidades habitacionais e de produzir e reformar habitações rurais para famílias com determinados rendimentos mensais foi editada a Lei nº 11.977/2009, que estabelece o Programa “Minha Casa, Minha Vida⁸³¹”. Ocorre que a implantação do programa depende essencialmente do Governo e não do Legislativo. Segundo o referido diploma legal, compete à Administração definir os parâmetros de priorização e de enquadramento dos beneficiários; promover a periodicidade de atualização dos limites de renda familiar; realizar a distribuição regional dos recursos e fixar os valores mínimos e máximos de subvenção, o que lhe assegura escolher, com significativa discricionariedade, “onde”, “como” e “quando” o programa será realmente executado. Além disso, cabe ao Poder Executivo Federal disponibilizar todo o aparato material e humano necessário ao adimplemento do programa, sem o qual o trabalho legislativo não deixará de ser uma proclamação simplesmente utópica.

Outro exemplo dessa nova conjuntura protagonizada pelo Executivo pode ser extraído da Lei nº 10.835/2004 que instituiu a “renda básica da cidadania”. Neste diploma legal, atribuiu-se à Administração Pública a competência exclusiva para fixar o valor da prestação a ser adimplida pelo Estado, bem como a abrangência do benefício⁸³².

⁸³⁰ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juricidade*, cit., p. 139. Analisando a submissão do Legislativo perante o Executivo, na realidade brasileira, destacam-se JOÃO LUIZ M. ESTEVES, *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 70/90 e ALEXANDRE MAIORRI, *Teoria do Estado*, Ed. Síntese, Porto Alegre, 1999, p. 83.

⁸³¹ Trata-se de um programa elaborado pelo Governo Federal que visa viabilizar os dispositivos contidos na Lei nº 11.977/2009. Após previsão na Lei Orçamentária Anual da União, os recursos públicos são repassados ao Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) com o objetivo de subsidiar a construção de unidades habitacionais para famílias com renda mensal de no máximo R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais).

⁸³² Os artigos 1º e 2º da Lei nº 10.835/2004 estabelecem que: “Art. 1º - É instituída, a partir de 2005, a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros

Nessas condições, não seria exagero dizer que o êxito desses programas e de tantos outros, corolários do modelo de Estado Social, dependem atualmente muito mais da Administração do que do Poder Legislativo. Sem o efetivo comprometimento orçamental do Governo, a Lei nº 11.977/2009, a Lei nº 10.835/2004, o direito à moradia, o direito à vida condigna e, porque não dizer, o rol dos direitos fundamentais promocionais previstos na Constituição, não passam de mera promessa de cunho ideológico⁸³³.

Então, pergunta-se: Se no Estado brasileiro muitas das escolhas políticas orçamentais são feitas, concretamente, pelo Poder Executivo e, se as decisões são tomadas em última análise, por uma pessoa, ou seja, pelo seu Chefe, não existem mais chances de que essas decisões políticas, de conveniência e oportunidade financeira, não levem em consideração os anseios sociais de parte da população que não compactua dos mesmos valores ideológicos? A “progressiva desvalorização do papel decisório do Parlamento diante de um protagonismo reforçado do Executivo⁸³⁴” não pode ensejar um hiperintervencionismo do Governo e, por que não dizer, um despotismo fantasiado de democrático⁸³⁵?

residentes há pelo menos 05 (cinco) anos, no Brasil, não importando a sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário. §1º - A abrangência mencionada no *caput* deste artigo deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população. §2º - O pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias. §3º - O pagamento deste benefício poderá ser feito em parcelas iguais e mensais. §4º - O benefício monetário previsto no *caput* deste artigo será considerado como renda não tributável para fins de incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoas Físicas. Art. 2º - Caberá ao Poder Executivo definir o valor do benefício, em estrita observância ao disposto nos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal”.

⁸³³ Nesse sentido, são válidos os ensinamentos de PAULO OTERO (*Legalidade e Administração Pública*, op. cit., p. 31) quando afirma que: “Num sistema em que o protagonismo da Administração Pública na efetivação do modelo constitucional de sociedade acaba ainda por resultar da própria Constituição, pode bem afirmar-se que o sucesso ou o fracasso da ordem constitucional subjacente ao seu programa de transformação da sociedade e da efetivação dos direitos sociais encontra depositado na Administração Pública: o Estado-constitucional e o Estado-legislativo cedem lugar, por efeito da própria dinâmica voluntarista subjacente à cláusula constitucional de bem-estar a um Estado Administrador”. Sobre a temática, ver ainda NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 252/264.

⁸³⁴ Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, cit. p. 460. Outro não é o entendimento de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*A lei do orçamento na teoria da lei*, op. cit., p. 37) ao afirmar que a principal incongruência ao princípio da legalidade é a discricionariedade, quase incontrolada do Governo na chamada administração dos fundos públicos, com a consequente transformação do Estado de Direito em Estado Administrativo, completamente liberto dos domínios da lei.

⁸³⁵ Analisando os embates travados políticos entre os diversos poderes, ROBERTO BUENO PINTO (*Carl Schmitt X Hans Kelsen: Defensor ou Senho da Constituição?*, op. cit., p. 132/133) faz importantes considerações. Nas suas palavras: “O cenário típico das crises institucionais é propício para a afirmação de poderes singulares e de figuras que se apresentam em territórios místicos, personagens nebulosamente travestidos como salvadores de males sem-fim. É perfil que não discrepa em essência de seu desenho pela teoria política schmittiana, convictamente antidemocrática e antiparlamentar e, logicamente, avessa ao pluralismo característico da teoria política kelsiana. Nos dias que correm, à crise econômica se soma uma crise política e,

Teoricamente, o processo orçamentário é reforçado pela deliberação, aprovação e fiscalização do Poder Legislativo. Além de importante mecanismo de equilíbrio entre os poderes, a intervenção do Legislativo tem outra finalidade, igualmente relevante, de dividir a responsabilidade pelos erros e acertos da política orçamentária. A sua participação ativa e não meramente formalista busca aproximar os seus representados das escolhas alocativas do Estado e do seu respectivo controle. Trata-se de um importante e legítimo canal de comunicação entre os eleitos e os seus eleitores, que vai além do sistema representativo formal e não deveria funcionar apenas nos meses que antecedem o pleito eleitoral ou para atender a interesses pontuais, de natureza clientelista.

A arquitetura orçamentária idealizada pelo Legislador Originário também fomenta o controle social⁸³⁶, através de uma participação mais ativa e dinâmica da população no desenvolvimento do ciclo orçamental, o qual se funcionasse adequadamente, apresentaria inúmeras vantagens. A fiscalização popular presta-se a garantir maior acerto no planejamento e na seleção das prioridades; a conferir maior eficiência nessas escolhas alocativas; a obstar o abuso governamental, na medida em que realiza uma fiscalização da fase executiva do orçamento de forma mais apurada, além de viabilizar a democracia substantiva, uma vez que fomenta o profícuo exercício da cidadania no processo de tomada das decisões públicas.

Dessa feita, o efetivo controle político e social do orçamento aproxima as decisões administrativo-financeiras dos legítimos e verdadeiros interesses da população, ao passo que também a coloca a par das adversidades concretas em torno das suas realizações⁸³⁷. As necessidades públicas, juntamente com as dificuldades em torno da escassez recursal devem ser de fato periodicamente debatidas entre o Executivo, o Legislativo e a população. O *trade-off*, ou seja, aquilo que será ou não atendido precisa ser expressamente motivado, publicizado, debatido e controlado por todos os atores envolvidos no processo orçamentário. A divisão de

também, outrora, grupos filofacistas, que à direita ou à esquerda, engrossam a vida pública e encontram nas vias populistas e demagógicas o espaço para cultivar seu perigoso caldo ideológico. Daquele contexto de crise democrática vivenciada por Schmitt e Kelsen sugerimos poder extrair referências úteis para analisar os presentes desequilíbrios, se não pela definição da competência específica do protetor da Constituição, isto sim, por uma melhor circunscrição acerca do ponto de equilíbrio técnico entre o elemento jurídico e o político de que devem estar eivadas as decisões deste protetor”.

⁸³⁶ Cf. JOSÉ DE RIBAMAR CALDAS FURTADO, *O controle de legitimidade do gasto público*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 12.11.2017.

⁸³⁷ Cf. SERGIO ASSONI FILHO, *Democracia e controle social no orçamento público*, Revista *Juris Síntese*, nº 55, Porto Alegre, set/out 2005, p. 05. Assim também, LUIS EDSON FACHIN, *A promoção da transparência pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 49/60, HELENO TAVEIRA TORRES, *Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição*, Ed. RT, São Paulo, 2014, p. 138/142 e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária*, op. cit., p. 1087/1110.

poder, o equilíbrio entre as funções e o seu escoreito controle desempenhado por inúmeras pessoas e instituições servem como instrumento de salvaguarda da vontade popular no processo orçamental. E não poderia ser diferente, uma vez que o orçamento é o momento máximo do exercício da cidadania. É a oportunidade em que as escolhas públicas são planejadas, orçadas, executadas e fiscalizadas.

No entanto, a sistemática orçamental prevista formalmente na legislação constitucional e infraconstitucional não encontra ressonância na vida prática do país. Ao, por exemplo, realizar contingenciamento, sem externar as suas razões, o Poder Público desconsidera o papel do Congresso Nacional que representa milhares de cidadãos brasileiros e atua em absoluto descompasso ao princípio da transparência⁸³⁸. E, muitos congressistas, que baseiam a sua sustentação política em práticas fisiologistas, aceitam essa posição de meros coadjuvantes no processo orçamentário⁸³⁹. Já a população nem sempre consegue participar do controle dessa ferramenta que constitui o eixo fundamental para a concretização dos fins estatais. Isso acontece por inúmeros motivos, entre os quais merece destaque a aridez do tema, envolvimento em questões aritméticas e contábeis; ausência de clareza e motivação nas ações governamentais e, principalmente, nas suas omissões; o incipiente amadurecimento democrático e as dificuldades em torno do exercício da cidadania, em razão da precariedade educacional de muitos cidadãos⁸⁴⁰.

Nesse contexto, chama a atenção o modo com que a população e os legisladores recebem a notícia relativa ao descumprimento estatal. Não parece haver grandes surpresas nos

⁸³⁸ Analisando o tema, mas sob o viés orçamentário, EMERSON CESAR DA SILVA GOMES (*O direito dos gastos públicos no Brasil*, op. cit., p. 58/59) traz modalidades de transações financeiras praticadas pelo Estado que não são incluídas, de forma transparente, nos orçamentos públicos. Trata-se dos chamados “off-budget Expenditures” também conhecidas por “despesas extraorçamentárias”, as quais constituem instrumentos de políticas públicas, que provocam gastos públicos, mas que nem sempre são contabilizados, com clareza, nos documentos orçamentais e, por conseguinte, deixam de ser controlados pelo Parlamento. Entre os exemplos mais comuns desse fenômeno de desorçamentação, têm-se as renúncias de receitas.

⁸³⁹ Em interessante passagem, JOHN LOCKE (*Segundo Tratado sobre o Governo*, op. cit., p. 113/114) analisa, no século XVIII, problemas de representatividade ainda vivos na atualidade nacional. Em suas palavras: “As coisas deste mundo mudam tão constantemente que nada fica por muito tempo na mesma condição. Assim, as pessoas, as riquezas, o comércio, o poder, mudam de lugar; cidades florescentes e poderosas caem na ruína e se tornam lugares pobres e desolados, enquanto outros lugares quase vazios passam a países populosos, cheios de riquezas e de habitantes. Mas nem sempre as mudanças apresentam simetria e coerência, e com frequência o interesse particular mantém costumes e privilégios mesmo quando já não há motivos para sua existência, e aí ocorre que, nos governos em que parte do legislativo é constituído por representantes eleitos pelo povo, com as mudanças e o correr do tempo essa representação se torna desproporcionada às bases que as estabeleceram de início”.

⁸⁴⁰ Nesse sentido, impossível não se lembrar das palavras de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e de MARILENA CHAUI (*Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*, op. cit., p. 42) quando dizem que a grande maioria da população do mundo não é sujeita de direitos humanos, mas sim objeto de discurso de direitos humanos. Grande parte da população brasileira, infelizmente, compõe esse quadro lamentável.

meios político e social. E de fato não há. A imprensa revela, diariamente, arbitrariedades na gestão financeira do Estado, mas a arena política não tem sido utilizada para maiores demonstrações de insatisfações populares. Como se o corriqueiro e o normal, fosse a não prestação adequada dos serviços públicos. Tal situação revela um abissal distanciamento entre os membros da sociedade e os que deveriam representá-la⁸⁴¹. Uma apatia social que evidencia o descrédito de todos os cidadãos brasileiros com os políticos, a qual acaba por atingir a própria política⁸⁴².

O problema é que, quando o controle parlamentar e social não se desenvolve de forma eficiente, o sistema como um todo resta prejudicado. A concentração de poder no Executivo, somada à subserviência do Legislativo e às deficiências no processo de participação popular provoca um déficit democrático sem precedentes no ordenamento constitucional brasileiro. E as distorções sistêmicas podem ser ainda mais graves, na medida em que conspiram para que as regras do jogo orçamentário, tal como estão postas, favoreçam práticas nem sempre republicanas, encobertas sob o véu da discricionariedade administrativa⁸⁴³.

⁸⁴¹ No mês de junho do ano de 2017, realizou-se uma pesquisa pelo Instituto Datafolha para avaliar o grau de credibilidade dos brasileiros nas instituições brasileiras. Foram ouvidas 2.771 (duas mil, setecentos e setenta e uma) pessoas. Segundo os resultados, as Forças Armadas correspondem à instituição com maior credibilidade nacional. Cerca de 40% (quarenta por cento) dos entrevistados disseram confiar muito no Exército, na Marinha e na Aeronáutica. Por sua vez, apenas 3% (três por cento) deles afirmaram confiar na Presidência da República, 31% (trinta e um por cento) disseram confiar pouco, 65% (sessenta e cinco por cento) não confiam e 1% (um por cento) não soube informar. Em relação ao Congresso Nacional, os índices foram iguais ao da Chefia do Poder Executivo. No que diz respeito aos partidos políticos, o quantitativo de 2% (dois por cento) dos entrevistados disseram confiar, 28% (vinte e oito por cento) aduziram confiar um pouco, 69% (sessenta e nove por cento) relataram não confiar e 1% (um por cento) não soube informar. Para maiores detalhes sobre a pesquisa, ver em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/forcas-armadas-lideram-confianca-da-populacao-congresso-tem-descredito.html>>. Acesso em 16.12.2017.

⁸⁴² O economista AMARTYA SEN (*Desenvolvimento como liberdade*, op. cit., p. 264/267) trata em sua obra desse processo de apatia social, corolário de um pessimismo tácito entre as pessoas. Especificadamente quando analisa a relação entre a população, alimento e liberdade, o doutrinador destaca que há pouco embasamento fático para o pessimismo. Afinal, não há razões convincentes para pressupor que a situação da fome no mundo não pode ser erradicada. No entanto, o sentimento mundial é de apatia, que se desdobra e é capaz de gerar um sentimento de descrédito generalizado. Ao tratar do tema afirma que: “(...) a fome endêmica em massa é um flagelo que perdura em muitas partes do mundo – debilita centenas de milhões de pessoas e matando uma proporção considerável delas com regularidade estatística. O que faz dessa fome disseminada uma tragédia ainda maior é o modo como acabamos por aceitá-la e tolerá-la como parte integrante do mundo moderno, como se ela fosse um fato essencialmente inevitável (como nas tragédias gregas)”. Infelizmente, esse apontamento realizado pelo autor não se limita à relação por ele desenvolvida entre população, alimento e liberdade, podendo ser transposta à realidade brasileira para outros segmentos de análise social e política. A população encontra-se tão descrente em relação ao Estado, às prestações públicas, aos seus operadores políticos e à política que acaba aceitando, tacitamente, uma omissão interminável, como se não pudesse ser modificada, como se tratasse de “um fato essencialmente inevitável”, tal como “nas tragédias gregas”.

⁸⁴³ Para GUILHERME BUENO DE CAMARGO (*Governança Republicana e Orçamento: As finanças públicas a serviço da sociedade*, op. cit., p. 771), o direito republicano é mais do que proteção da sociedade contra os aproveitadores da *res publica*. O direito republicano pode ser definido como o direito que

E se arbitrariedades ocorrerem, quem protege os interesses daqueles que tiveram os seus direitos violados? Como assegurar os direitos expressamente previstos na Constituição se a atuação administrativa, no campo orçamentário, não observá-los ou afetá-los ilegitimamente? As razões políticas no âmbito do orçamento podem sobrepor-se sempre e em qualquer circunstância às razões jurídico-constitucionais?

A partir desses questionamentos verifica-se que a intervenção do Poder Judiciário frente à atuação do Governo mostra-se essencial para a manutenção do equilíbrio entre os poderes estatais e para a preservação da força normativa da Constituição⁸⁴⁴. Isso porque os desacordos políticos podem provocar violações, por ação ou por omissão, aos direitos previstos no texto constitucional. É nesse momento, então, que as razões de ordem política invadem novos domínios, de natureza dogmático-jurídica. Com efeito, os desacordos ganham outra roupagem, da qual a Justiça Constitucional não pode se esquivar.

Provavelmente com base nas experiências autoritárias de outrora, o arranjo político introduzido pelo texto constitucional de 1988 anteviu as possíveis distorções sistêmicas e procurou direcionar todas as funções desempenhadas pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário⁸⁴⁵ para a máxima efetividade aos dispositivos descritos em seu bojo. Ao Judiciário, o Legislador Constituinte conferiu, de modo explícito, a responsabilidade de, precipuamente, guardar a Constituição.

Para impedir que, sob as vestes formais democráticas, o Governo desenvolva as suas funções de forma desvinculada e em despreço aos direitos e garantias constitucionais, tanto o

tem o cidadão de que a coisa pública seja sempre gerida em favor da coletividade, o que exige também a gestão eficiente e eficaz do patrimônio público; a efetiva participação do cidadão nesse processo e a responsabilização dos agentes públicos pelos seus atos.

⁸⁴⁴ A respeito da problemática, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar. Na ADIN nº 2.213/2002, DJ de 23.04.2004, o Min. Relator Celso de Mello afirmou que: “Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “checks and balances”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes”.

⁸⁴⁵ Nesse sentido, VITOR BURGO (“O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 81) afirma que o poder estatal é uno. Dele são extraídas funções típicas e atípicas, as quais devem ser desenvolvidas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário com o objetivo final de conferir a máxima efetividade das normas constitucionais.

Parlamento como o Judiciário podem e devem colaborar, a fim de que o administrador público seja fiscalizado e responsabilizado. Trata-se, aliás, de uma conquista cara ao povo brasileiro. Um legado de fundamental importância, proveniente de um custoso e demorado processo de redemocratização, sedimentado na Carta Constitucional de 1988.

Em uma análise pragmática, a legitimidade da Justiça Constitucional deriva de um poder constituinte e encontra guarida expressa na Constituição Federal. Trata-se de uma legitimidade igualmente democrática, que não é maior, mas também não é menor que a dos demais poderes políticos. É nesse ambiente democrático e plural que se alinham de um lado postulações majoritárias e, do outro, a necessidade de se respeitar os direitos fundamentais, inclusive pertencentes às minorias⁸⁴⁶.

A relação entre os poderes deve ser construída mediante bases complementares e não sobrepostas. Ao participar do processo orçamental, o Poder Judiciário não deve competir com o Poder Executivo no exercício das suas atribuições. A intervenção jurisdicional é diversa da ação governamental. O Poder Judiciário somente deve atuar para apurar se as afetações ou omissões na órbita jurídico-financeira foram desenvolvidas pelo Poder Público de forma desrazoável, desproporcional e/ou violar a igualdade, a proteção à confiança e à dignidade dos administrados. A intervenção da Justiça Constitucional, portanto, busca verificar se as engrenagens da máquina estatal funcionaram de forma harmônica, em prol dos objetivos constitucionais e de acordo com os parâmetros normativos existentes. As instituições previstas na Constituição não têm poderes ilimitados. Ao contrário. Devem se submeter à Constituição Federal e a ela prestar reverência. Concordamos com Rodrigo de Oliveira Kaufmann quando o autor afirma que, “na democracia, nem ao Executivo, nem ao Legislativo e nem ao Judiciário cabe o papel de protagonismo⁸⁴⁷”. Em nosso entendimento, esse papel pertence, sem sombra de dúvida, ao povo brasileiro.

Ao concretizar as suas tarefas, o Governo, o Congresso Nacional e o Judiciário podem errar ou acertar. As instituições são compostas de pessoas e a falibilidade humana ocorre inexoravelmente. Por isso é preciso que haja mecanismos de controle, inclusive jurisdicional, a fim de que as eventuais violações cometidas sejam coibidas⁸⁴⁸. Entretanto,

⁸⁴⁶ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2008, p.130/132.

⁸⁴⁷ Cf. RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN, *O movimento das Diretas Já e a construção do STF*, op. cit., p. 83/84.

⁸⁴⁸ Nesse diapasão, NORBERTO BOBBIO (*O futuro da democracia*, op. cit., p. 171) afirma que, sem hesitar, a sua preferência volta-se não para o governo dos homens, mas sim para o governo das leis, que reflete,

embora seja legítima e se faça necessária, a atuação jurisdicional não pode ser desenvolvida desprovida de limitações ou em desrespeito às funções exercidas pelos demais poderes. De nada adianta coibir as distorções orçamentárias de um Executivo detentor de “superpoderes”, por meio de um Judiciário igualmente hipertrofiado. Não se corrige uma falha sistêmica criando-se outra, de igual natureza, apenas com alteração do seu ator principal. O mesmo princípio da separação dos poderes que enseja a interdependência e o controle mútuo entre as funções desempenhadas pelos Poderes da República, também exige que as suas atuações sejam realizadas dentro de determinados parâmetros, de modo que não haja prevalência irrestrita de um em relação aos demais⁸⁴⁹. Ponto fundamental é garantir a integridade e a coerência do sistema constitucional. Sem isso, a Constituição degenera e a sua força normativa se desvanece.

em seu âmago, o triunfo da democracia. Para o doutrinador, a democracia nada mais é do que um conjunto de regras para a solução de confrontos, sem derramamento de sangue. E o bom governante nada mais é do que aquele que sabe respeitar a estas regras. Sem isso, a democracia não sobrevive, degenera rapidamente e abre espaço para uma entre tantas formas de governo autocrático.

⁸⁴⁹ Defendendo a necessidade de intervenção judicial nos casos de disfunções políticas provocadas pelo uso indevido das atribuições funcionais pelos demais Poderes da República, destaca-se HERMES ZANETTI, “A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia”, In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 48/49. Em tom de alerta, DIOGO WERNECK ARGULHES (*O Supremo que não erra*, op. cit., p. 93) ressalta que, na medida inadequada, o remédio disponível no sistema constitucional para assegurar o cumprimento da Constituição, qual seja o controle jurisdicional, pode se transmutar em uma efetiva ameaça. Em seu posicionamento, não existe solução perfeita. O risco é sempre presente quando a solução encontrada recorre a instituições separadas da política.

CAPÍTULO 7

A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL, O ORÇAMENTO PÚBLICO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

7.1 Notas introdutórias

Quando a Justiça Constitucional é convocada para intervir em processos que debatem violações no cumprimento dos deveres promocionais do Estado, é muito comum que, ao contestar, o Poder Público apresente argumentos relativos à escassez recursal e aos custos dos direitos. Em suas alegações, o Estado afirma que a obrigação pleiteada não é ofertada ao cidadão, em decorrência de limitações fáticas e jurídicas, essas últimas principalmente no campo orçamentário, que interferem na concretização dos direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de alegações em torno da “reserva do possível”.

Essas discussões de fundo são trazidas à tona, pois a implantação de políticas públicas, principalmente no âmbito prestacional, acarreta, na maioria das vezes, significativos gastos de recursos públicos. A quantidade exacerbada de necessidades sociais a serem promovidas, bem como o alto custo para os seus desenvolvimentos e a escassez de recursos são pontos que não podem ser ignorados. Para atender ao extenso elenco de direitos fundamentais previstos na Constituição, o Estado, inevitavelmente, precisa efetuar escolhas, as quais são explicitadas nas peças orçamentárias.

Desse processo de priorização das políticas públicas, a problemática surge quase que naturalmente. Afinal, ao selecioná-las, o Estado beneficia alguns cidadãos em detrimento de outros. Ocorre que, nem sempre, as escolhas feitas pelos representantes eleitos são acolhidas, irresignadamente, pelos preteridos, que acabam por buscar a tutela dos seus interesses perante o Poder Judiciário, a quem compete a apreciação de lesão ou ameaça de lesão de direitos de qualquer natureza⁸⁵⁰.

A escolha do Poder Judiciário como árbitro dessa disputa de interesses é legítima. Porém, os obstáculos suscitados contra a sua intervenção não se limitam à questão da legitimidade e precisam ser investigados com detalhamento.

⁸⁵⁰ Cf. art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

Não se pode olvidar que ao constatar a omissão da Administração Pública e ao compeli-la, por exemplo, a fornecer um determinado tratamento de saúde, o Judiciário impacta nas finanças do Estado, bem como interfere nas prioridades escolhidas pelos demais poderes estatais. A princípio, a postura intervencionista do Poder Judiciário pode soar como inapropriada, sendo recorrentes os questionamentos nesta seara. Será que não há interferência indevida na discricionariedade administrativa e no plano da competência orçamental? Têm os magistrados formações técnicas para avaliar, sob uma percepção macro, se a dificuldade financeira eventualmente apontada pelo Estado é relevante?

O que se coloca é se limites como a escassez de recursos, a flexibilidade orçamental, o custo dos direitos e a “reserva do possível” podem ser analisados pelo Poder Judiciário ou se devem ser respeitadas, indistintamente, as opções político-orçamentárias elaboradas e executadas pelo Poder Executivo, composto por órgãos multidisciplinares, dotados de perícia técnica e aprovadas pelo Poder Legislativo. Com efeito, não há como tratar das questões afetas à “reserva do financeiramente possível” sem que as atenções não se voltem ao orçamento público. As leis orçamentárias não podem mais ser renegadas à condição de simples previsões, refletoras de cálculos aritméticos, de natureza contábil e administrativa. É imprescindível dispensar um novo olhar para esse tema central do direito constitucional.

A valorização da força normativa desses expedientes legais encontra justificativa, na medida em que a consecução dos objetivos constitucionais depende essencialmente do orçamento. Para o cumprimento de tal mister, a confecção e a execução orçamentária precisam caminhar na mesma direção trilhada pelo Legislador Constituinte. Desconsiderá-lo ou tratá-lo com menoscabo não apenas contraria o complexo sistema financeiro estatal imposto pela Constituição Federal de 1988, como não traz ganhos efetivos à sociedade, que deixará de ver os direitos e as garantias assegurados em seu bojo concretamente efetivados. Por isso, em defesa dos próprios direitos fundamentais é essencial debruçar-se com maior vagar sobre o orçamento, sobre a possibilidade do seu controle judicial e sobre os limites dessa intervenção.

Os pontos desenvolvidos a seguir buscam responder a essas perguntas, apresentando os argumentos e os contra-argumentos expostos pela doutrina, com o propósito de, ao final, concluir se a cláusula da “reserva do financeiramente possível” constitui ou não um obstáculo intransponível pelo Poder Judiciário e, caso a intervenção jurisdicional se mostre possível, em que condições e sob quais limites deve a mesma ser gerida.

7.2 Os direitos fundamentais, suas múltiplas pretensões e custos

A doutrina constitucional clássica tendia, no plano estrutural, a dividir os direitos fundamentais entre os direitos civis e políticos, de natureza negativa e os direitos sociais e econômicos, de natureza positiva. Enquanto os primeiros ensejariam, apenas, uma atitude passiva, consubstanciada por funções de respeito e de abstenção, os segundos exigiriam uma atitude ativa do Estado, através de funções prestacionais. A diferença estrutural levava em consideração aspectos de natureza econômica e produzia consequências no momento de suas efetivações. Os direitos fundamentais de primeira geração teriam aplicação imediata, uma vez que não se tratariam de direitos onerosos, ao invés dos direitos de segunda geração, que por serem custosos ao Poder Público, não seriam autoaplicáveis.

Essa concepção, aliás, refletiu-se no Pacto de Direitos Civis e Políticos e no Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, editados pela Assembleia Geral das Nações Unidas com o propósito de regulamentar a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na época, essa dualidade transmitia a preocupação dos países, principalmente os adeptos do sistema econômico capitalista, de se comprometerem com a realização imediata dos direitos sociais⁸⁵¹. Por essas razões, diferentemente do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, restou expressamente previsto no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que cada Estado iria assegurar, progressivamente e até o máximo dos seus recursos disponíveis, a implementação dos direitos dessa natureza⁸⁵².

Ao estabelecerem regras diversas de realização e de fiscalização entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais e econômicos⁸⁵³, compreendidos, à época, como direitos

⁸⁵¹ Segundo os apontamentos de ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 446/447), a confecção de ambos os Pactos Internacionais foi marcada pelas diferenças ideológicas existentes na época, em que de um lado, encontravam-se os países ocidentais capitalistas e, de outro, os países do bloco socialista. Enquanto os primeiros procuravam priorizar os direitos de liberdade, os segundos procuravam enfatizar os direitos de índole social e econômica. Essa teria sido uma das principais razões para que fossem redigidos dois, ao invés de um único documento, tratando dos direitos fundamentais. Sobre o tema, ver também FLAVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Internacional*, 7ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 150/156 e MARIA TEREZA SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, op. cit., p. 08/09.

⁸⁵² O artigo 2º, inciso I do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que: “Cada estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto pelo esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção das medidas legislativas”.

⁸⁵³ Para um estudo detalhado a respeito dos diferentes instrumentos de controle e fiscalização atinentes a cada um dos Pactos, ver FLAVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Internacional*, op. cit., p. 170/173.

negativos e positivos, respectivamente, os países signatários desconsideraram que os direitos de liberdade somente seriam exercidos livremente se os indivíduos pudessem contar com um núcleo mínimo de direitos que lhes proporcionassem igualdade material de condições. Com muita precisão, Cançado Trindade questiona de que adianta “o direito à liberdade de expressão sem o direito à educação? Como contemplar o direito de participação na vida pública sem o direito à alimentação?”⁸⁵⁴.

Essa diferença estrutural estanque refletida nos Pactos Internacionais supramencionados e sustentada pela doutrina clássica também passou a ser questionada em virtude do reconhecimento de um fator fundamental, antes despercebido, de que todos os direitos fundamentais possuem custos.

Os autores americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes desmistificam o dogma jurídico de que somente os direitos sociais são custosos, sustentando que tanto esses direitos como os de liberdade não são economicamente indiferentes, uma vez que não existem direitos gratuitos⁸⁵⁵.

Para proteger e viabilizar o gozo dos direitos de liberdade, antes defendidos como isentos de custos, o Estado deve dispor de consideráveis recursos a serem destinados à estruturação e à manutenção de instituições policiais, parlamentares, administrativas e judiciais. Desse modo, apesar de os custos possuírem uma visibilidade mais diminuta em relação aos direitos de liberdade, nem por isso eles deixam de existir⁸⁵⁶.

⁸⁵⁴ Cf. ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional aos Direitos Humanos*, cit., p. 475. Nesse mesmo sentido, MARIA TEREZA SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, op. cit., p. 09. A autora aponta para o fato de que as abissais distâncias econômicas e sociais entre os indivíduos ameaçariam a própria ideia de igualdade expressa em Constituições e leis e colocariam em perigo a ordem social. E, entende que o livre desenvolvimento das forças de mercado não seria capaz de por si diminuir as desigualdades, sendo por esse motivo necessário abandonar práticas baseadas na teoria liberal e conceber políticas afirmativas que traduzem a ideia de que cabe à lei e também ao Estado interferir na desigualdade real.

⁸⁵⁵ Cf. STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, *El costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo Veintiuno Editores. Argentina. 2001, p. 33. Segundo os autores: “A la verdad evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar um corolario lógico, rico em implicaciones: los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicos. Esto es tan cierto para los derechos antiguos como para los nuevos, para los de los estadounidenses antes del New Deal de Franklin Delano Roosevelt como después. Tanto el derecho al bienestar como a la propiedad privada tienes costos públicos. El derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público”.

⁸⁵⁶ O autor JOSÉ CASALTA NABAIS (*Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, op. cit., p.178) realiza uma interessante comparação entre a visibilidade dos custos diretos e a invisibilidade dos custos indiretos dos direitos, tal como ocorre com os impostos diretos e indiretos, respectivamente, pois “enquanto os impostos directos facilmente são sentidos, os impostos indirectos,

A partir de uma perspectiva mais realista percebe-se que a oneração financeira é um fenômeno que envolve todos os direitos. Ademais, há uma relação de conexão entre os direitos de liberdade, tradicionalmente considerados como de mera abstenção do Estado e menos custosos e os direitos sociais e econômicos, dependentes de maior intervenção estatal, inclusive no âmbito financeiro. A manutenção de fóruns e de tribunais, por exemplo, constitui uma condição prévia para o exercício de quaisquer outros direitos e liberdades e tem manutenção onerosa. O direito ao voto somente poderá ser exercido de forma efetiva se for garantido aos eleitores educação e condições mínimas de vida para que possam participar ativa e criticamente da vida política do país em que residem. E esse emaranhado de direitos que subsidiam os direitos políticos custa. O próprio trâmite eleitoral é oneroso por si. Caso contrário, um direito político, denominado classicamente de primeira geração, restará esvaziado pela violação de direitos sociais e econômicos.

Contributo interessante, com o qual concordamos, foi dado ao tema por Jorge Reis Novais ao ressaltar que, “como um todo”, os direitos fundamentais, de fato, custam. Mas, a questão deve, ainda, ser avaliada através de outra perspectiva, levando-se em consideração cada uma das faculdades que compõem o direito fundamental em exame e os correspondentes deveres estatais - de respeito, de proteção ou de promoção – decorrentes das pretensões que o integram. A partir desses apontamentos, conclui que não há “uma correspondência linear e integral entre direito social e direito positivo, tal como essa correspondência não está presente na relação direito de liberdade/direito negativo⁸⁵⁷”.

Dos direitos de liberdade e dos direitos sociais podem ser extraídos diversos deveres estatais correlativos, detentores de estruturas ora negativa, ora positiva, os quais correspondem a um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jus fundamentais⁸⁵⁸. Para exemplificar, basta observarmos o direito à saúde. Trata-se de um direito fundamental que se encontra expressamente arrolado no artigo 6º, da Constituição Brasileira, no capítulo dos direitos sociais. Quando se exige do Estado um *facere*, uma prestação material, tal como um remédio ou um leito hospitalar estamos diante de um dever de promoção, o qual será oneroso para o Estado e deve, ao menos, em tese, encontrar guarida nas peças orçamentais. De outro lado, quando se pretende do Poder Público um *non facere*,

em virtude da ‘anestesia fiscal’ que revelam, são menos sentidos”. Nessa mesma linha de entendimento, RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 244.

⁸⁵⁷ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, op. cit., p. 130.

⁸⁵⁸ Cf. ROBERT ALEXANDER, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 252/253.

um dever de abster-se, no sentido de respeitar que um determinado indivíduo contrate um plano de saúde privado, nos deparamos com a sua dimensão negativa, em regra, não custoso e, portanto, não explicitado nos estatutos orçamentais.

Os direitos sociais possuem uma dimensão positiva predominantemente, assim como os direitos de liberdade têm uma dimensão essencialmente negativa. Mas ter uma dimensão principal não é o mesmo que ter uma dimensão única. Não se trata de uma regra absoluta, generalizável. Desconsiderar a multifuncionalidade e a complexidade na estrutura dos direitos fundamentais constitui equívoco grave, com repercussões significativas principalmente no plano das suas judicializações⁸⁵⁹.

Assentadas essas premissas teóricas, não se pode deixar de considerar que no âmbito dos deveres promocionais o elemento custo se mostra, na maioria das vezes, indissociável, independentemente de a inércia estatal recair sobre direitos de liberdade ou direitos sociais. Negar a sua existência é negar a própria realidade. Desse modo, se os deveres de promoção de todo e qualquer direito fundamental exigem, em princípio, reservas financeiras do Estado para serem concretizados, é necessário adentrar-se na problemática que envolve a “reserva do possível”.

7.3 Reserva do Possível: origem do termo

O problema da escassez de recursos e a necessidade de se formar reservas financeiras do Estado não constituem temas recentes no pensamento jurídico ocidental⁸⁶⁰. Mas, o seu enquadramento ganhou uma importância particular no constitucionalismo desenvolvido a partir do século XX, com as formações dos Estados Sociais, que buscavam, essencialmente, a promoção de valores relacionados à igualdade material e à dignidade da pessoa humana.

Para atender aos seus objetivos, o Estado reconstrói o seu papel perante a sociedade adotando uma postura de maior intervenção econômica e social. E, com essa nova concepção

⁸⁵⁹ Perfilhamos do entendimento de JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Sociais*, op. cit. p. 133/134) quando o autor afirma que para fins de justiciabilidade é fundamental distinguir se a estrutura do direito fundamental invocado na situação concreta é positiva ou negativa e identificar a espécie de dever imposto ao Estado - de respeito, de proteção ou de promoção – associado a esse direito. Para o autor, em princípio, os deveres de abstenção estatais não são onerosos. Mas não se trata de uma regra absoluta.

⁸⁶⁰ O autor LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (*Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Reserva do Possível*, op. cit. p. 127/128) destaca o II Concílio de Tours, na França, em 576 d.C, como sendo a primeira oportunidade em que temas relacionados à reserva do possível foram debatidos, ao prever o princípio medieval do *secundum vires* e o pensamento de que “toda Comunidade deve nutrir convenientemente seus habitantes pobres ou necessitados, na proporção de seus recursos”.

estatal exsurge uma relação indissociável entre as possibilidades econômicas do Poder Público e as regras orçamentárias. Para atender a todas as demandas com as quais se comprometeu, o Poder Público precisa redimensionar as suas instituições, planejar as suas atividades promocionais de forma progressiva e arrecadar recursos. Não é possível governar com economicidade, eficácia e eficiência sem planejamento. De outro lado, não é possível realizar um factível planejamento governamental sem correlacioná-lo às previsões de receitas e de dispêndios contemplados no orçamento público⁸⁶¹.

Essas dificuldades de ordem prática constituíram uma das razões pelas quais países, como a Alemanha, não introduzissem em sua Constituição os denominados direitos sociais, ainda que, sobretudo nas décadas de 50 a 70, os tenha disponibilizado aos seus cidadãos, de maneira exemplar⁸⁶². E foi justamente na Alemanha que se tem notícia do primeiro julgado que analisou o tema. Trata-se do caso *numerus clausus I* (BVerf-GE 33, 303, de 1973), proveniente do Tribunal Constitucional Alemão.

O *leading case* discutia a constitucionalidade de alguns enunciados normativos previstos em leis dos estados de Hamburgo e da Baviera⁸⁶³ que adotavam critérios para a admissão em curso superior, tais como o sistema denominado *numerus clausus*. Segundo os acionantes, que pleiteavam vagas para o curso superior de medicina, a implementação de critérios dessa natureza violava a Constituição, na medida em que comprometia os direitos fundamentais à livre escolha da profissão e do local de formação dos candidatos, previstos no artigo 12, §1º, da Carta Política do País.

Ao decidir, o Tribunal Constitucional ponderou os interesses em jogo e entendeu que os direitos de livre escolha da profissão e do local de formação não são absolutos, podendo ser limitados pela reserva do possível. Para a Suprema Corte Alemã, o Poder Público estaria procurando atender a contento políticas públicas relacionadas ao acesso ao ensino superior, sendo que o pedido formulado pelos demandantes extrapolava ao que razoavelmente dele

⁸⁶¹ Cf. CESAR AUGUSTO ALCKMIN JACOB, *A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba*, op. cit., p. 255.

⁸⁶² De acordo com os dados apresentados por LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (*Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Reserva do Possível*, op. cit., p. 148/153), na Alemanha, entre 1947 e 1975, a aposentadoria por idade (seguro-velhice) contemplava entre 55% (cinquenta e cinco por cento) a 60% (sessenta por cento) da população e o seguro-doença entre 55% (cinquenta e cinco por cento) a 66% (sessenta e seis por cento), sendo que tais índices encontravam-se acima da média europeia. A proporção de estudantes de nível superior também era significativa. Em 1960, a média alemã era de 563 (quinhentos e sessenta e três) alunos para cada 100.000 (cem mil) habitantes. No Reino Unido, por exemplo, a média era de 363 (trezentos e sessenta e três) alunos para cada 100.000 (cem mil) habitantes.

⁸⁶³ Cf. artigo 17 da Lei sobre a Universidade de Hamburgo e artigo 4º da Lei sobre a admissão aos estabelecimentos de ensino superior da Baviera.

poderia se esperar e exigir. Dentro desse conceito de razoabilidade, a Corte Constitucional considerou as circunstâncias concretas do caso e o equilíbrio financeiro geral do Estado e destacou que a liberdade pessoal não pode ser concebida de forma dissociada do conjunto. Por essas razões, rejeitou a pretensão dos demandantes.

O paradigmático precedente *numerus clausus* firmou jurisprudência, na Alemanha, no sentido de que, mesmo havendo recursos e deles podendo dispor, não recai sobre o Estado a obrigação de prestar algo que não se mantenha dentro dos limites do razoável⁸⁶⁴. Após o enfrentamento do argumento da “reserva do possível” pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, outras Cortes Constitucionais debruçaram-se sobre o tema, a exemplo do Tribunal Constitucional Português⁸⁶⁵ e do Supremo Tribunal Federal brasileiro⁸⁶⁶.

Contudo, a utilização da decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã por países com realidades diversas e detentores de Constituições que arrolam os direitos fundamentais sociais de forma expressa deve ser feita com cuidado. A adoção de decisões estrangeiras como paradigma pode ser problemática, na medida em que representam um complexo de ideias de cunho social, histórico, político e econômico desconhecido, muitas vezes, dos juízes que a aplicam nos seus países. Ao “importá-las”, os operadores jurídicos devem evitar a introdução, no ordenamento, de construções jurídicas descontextualizadas e meramente estanques, sob pena de criarem verdadeiras mutações jurídicas, afastadas do modelo e do cenário originário e, ao mesmo tempo, inadequadas à realidade para a qual estão

⁸⁶⁴ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 7ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 304. Ver, ainda, ANA CAROLINA OLSEN, *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*, Editora Juruá, Curitiba, 2008, p. 193/198.

⁸⁶⁵ Sobre o tema, destaca-se o Acórdão nº 396/2011 do Tribunal Constitucional Português. Ver também os pareceres de JORGE MIRANDA e PAULO OTERO, ambos publicados na Revista de Direito e de Estudos Sociais, Volume Especial sobre a Constitucionalidade da Redução Salarial, ano LII, nº 1 e 2, jan./jun. 2011, Ed. Almedina, Coimbra, 2011, p. 07/31 e 35/84, respectivamente.

⁸⁶⁶ Com destaque para a ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04.05.2004. Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental formulada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, tendo como objeto o veto presidencial em um dispositivo da Lei nº 10.707/2003, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, o qual, segundo os acionantes, acarretaria a redução dos recursos a serem aplicados em serviços públicos de saúde, na medida em que também seriam consideradas como ações nessa área “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”. Nesse julgado, o Ministro Relator Celso de Mello enfrentou os temas relacionados à legitimação do Poder Judiciário e à reserva do possível. Sobre o primeiro, aduziu que a liberdade de conformação do legislador é relativa, podendo ser controlada pelo Poder Judiciário em situações excepcionais. No que diz respeito ao cabimento da cláusula da reserva do possível, decidiu pela impossibilidade da sua invocação, se for feita pelo Estado com o objetivo de exonerar-se, intencionalmente, do cumprimento dos seus deveres constitucionais. Apesar das ponderações sustentadas pelo Ministro Relator, a ação foi julgada prejudicada pela Corte Constitucional, por perda do objeto, uma vez que o Presidente da República, logo após o veto parcial impugnado, encaminhou ao Congresso Nacional projeto que se transformou na Lei nº 10.777/2003, a qual restaurou, integralmente, o artigo por ele vetado.

sendo introduzidas⁸⁶⁷.

7.4 Reserva do possível: conceito e derivações

A reserva do possível pode ser compreendida como uma limitação intrínseca, de natureza fática, jurídica ou de razoabilidade, inerente aos direitos fundamentais prestacionais. Trata-se, portanto, de uma reserva que integra o conteúdo desses direitos e que, por essa razão, condiciona o processo de controle das omissões estatais, na medida em que precisa ser considerada quando o Poder Judiciário for avaliar a ocorrência de uma violação inconstitucional⁸⁶⁸.

Para uma melhor compreensão desse fenômeno é importante desmembrar os diferentes tipos de limites, fático, jurídico e de razoabilidade, que acompanham o argumento em torno da “reserva do possível”.

A limitação fática é atrelada à escassez real ou econômica. Ocorre quando um

⁸⁶⁷ Os autores INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (“*Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*”, op. cit., p. 29) pontuam que, a partir desse precedente alemão denominado *numerus clausus*, a reserva do possível foi recepcionada pela doutrina nacional com um enfoque mais unilateral. O entendimento conferido seria muito mais voltado para a ideia de que direitos sociais a prestações materiais dependem de concreta disponibilidade de recursos financeiros por parte do Poder Público, razão pela qual estaria no âmbito discricionário das decisões governamentais e parlamentares, na esfera da competência orçamental. Ao comentar o fenômeno da “importação” de decisões estrangeiras no ordenamento jurídico brasileiro, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (“*Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*”. In Virgílio Afonso da Silva (Org.), *Interpretação Constitucional*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 115/143) pondera que não é difícil observar que a doutrina jurídica recebe de forma, muitas vezes, pouco ponderada as teorias desenvolvidas no estrangeiro. E, nesse contexto, a doutrina alemã aparenta estar em uma posição privilegiada, uma vez que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. Essa preocupação também foi levantada por RODOLFO ARANGO (“Direitos Fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia”. In Claudio Ari Mello (Coord.) *Os Desafios dos Direitos Sociais*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 91) ao avaliar as teorias liberais progressistas estrangeiras, pois, segundo o autor, teriam sido previstas para sociedades com alto grau de desenvolvimento, sem conhecimento de que seriam, em certo momento, transportadas para países com consideráveis graus de desigualdades sociais.

⁸⁶⁸ Para JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Sociais*, cit., p. 100/101), a reserva do possível invade o próprio plano jurídico, sendo o direito intrinsecamente condicionado por ela. Para o autor, “os deveres jurídicos ou obrigações estatais de prestação social, são direitos, pretensões e deveres *tanto quanto possível*, são direitos ou deveres à medida do financeiramente possível, de realização progressiva tendo em conta o que é razoável exigir do Estado, pelo que, no próprio plano jurídico, a verificação de uma eventual violação de um direito social só pode ser apurada, no caso concreto, tendo em conta as implicações e condicionantes financeiras que a reserva do possível sobre ele projecta”. Em sentido contrário, entendendo que a “reserva do possível” constitui um limite externo, capaz de interferir na efetividade social dos direitos fundamentais de cunho prestacional, destacam-se ANA CAROLINA OLSEN, *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*, op. cit., p. 193/228; LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Reserva do Possível*, op. cit., p.215/239; INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 301/308; ANA PAULA DE BARCELLOS, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, op. cit., p. 274/290 e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, *Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 131/150.

determinado bem não se encontra em quantidade suficiente para satisfazer todas as demandas existentes. Trata-se, portanto, da inexistência concreta de um produto ou de um serviço⁸⁶⁹.

No âmbito da saúde, por exemplo, essa modalidade de escassez é usualmente verificada nos casos relacionados aos transplantes, em que há sempre o dilema de compatibilizar o reduzido número de órgãos disponíveis e o elevado número de pacientes nas filas de espera. Outra situação recente de escassez real refere-se aos fármacos à base de penicilina. Em razão da baixa produção do medicamento, vivenciou-se, no país, uma epidemia de sífilis, provocada em grande medida, pela insuficiência do medicamento, o que dificultou o fornecimento do tratamento adequado aos indivíduos portadores da síndrome⁸⁷⁰. Não se pode deixar de mencionar também outra ocorrência corriqueira na saúde pública referente à escassez real, qual seja à disponibilidade de sangue nos Bancos Estaduais de Doação. O fornecimento de sangue depende, em grande medida, da consciência geral da própria população. O papel do Estado nesse processo é mais voltado à promoção de campanhas educacionais entre os cidadãos. Se não houver a devida conscientização, dificilmente há como obrigar o Estado a fornecer um recurso de que não dispõe e que tampouco pode coagir as pessoas a disponibilizá-lo contrariamente às suas vontades.

De outro lado, existem situações em que, ainda que não se trate de inexistência real do bem e mesmo havendo possibilidade para dele dispor, não se pode exigir do Estado algo que se encontre fora dos padrões do razoável⁸⁷¹. Para exemplificar, imaginemos a hipótese em

⁸⁶⁹ Para GUSTAVO AMARAL (*Direito, Escassez & Escolha*, op. cit., p. 133/135), a escassez real pode ser subdivida em três espécies: a) a escassez natural severa, que ocorre nas hipóteses em que é impossível aumentar a oferta; b) a escassez natural suave, em que se pode melhorar a oferta, mas dificilmente ela atenderá a demanda existente; c) a escassez quase-natural existente nos casos em que se pode promover o aumento da oferta, através de condutas que não coajam os cidadãos.

⁸⁷⁰ Em audiência pública realizada em 29 de setembro de 2009, na Câmara de Deputados, a Comissão de Seguridade Social tratou da crise da assistência farmacêutica no Sistema Único da Saúde - SUS. Nessa oportunidade, a Diretora do Departamento de Doenças Sexualmente Transmissíveis do Ministério da Saúde afirmou que embora a ausência do medicamento não seja a causa da sífilis, o desabastecimento da substância tem contribuído para o aumento de mortes em decorrência da doença, transmitida por via congênita. Consoante a referida profissional, 41% (quarenta e um por cento) dos estados brasileiros estão com estoque zero do fármaco e 59% (cinquenta e nove por cento) relatam alguma espécie de insuficiência ao acesso ao produto. O problema decorrente da dificuldade de acesso a essa espécie de fármaco foi observado, novamente, no ano de 2016, no país. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/saude/497111-debatedores-destacam-epidemia-de-sifilis-no-pais-e-desabastecimento-de-penicilina.html>>. Acesso em: 30.10.2016.

⁸⁷¹ Segundo INGO WOLFGANG SARLET, (*A eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p.347), cujas ponderações anuimos na íntegra, a Constituição garante que todos possam acessar a Justiça visando à implementação de direitos promocionais. Isso não significa, entretanto, que todos que assim o fizerem, terão um direito definitivo a toda e qualquer prestação que envolva a proteção de seus direitos. Ao tratar da limitação fática e da razoabilidade referente à reserva do possível, DANIEL SARMENTO (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 572) afirma que a reserva do financeiramente possível deve ser concebida como a razoabilidade necessária para a promoção da

que o acompanhante de um paciente submetido a uma cirurgia pelo Sistema Único de Saúde - SUS requer hospedagem em hotel cinco estrelas, em absoluta desproporção ao que se pode razoavelmente esperar do Poder Público. Ou, então, suponhamos que um paciente também do Sistema Único de Saúde - SUS, portador de síndrome renal e dependente da realização diária de hemodiálise, exija do Estado que o transporte que o conduz à unidade de saúde pública seja privativo e disponha de requisitos mínimos, como aparelho de ar condicionado e sistema de televisão e som integrados.

Claro que as situações acima expostas são extremas, mas revelam que a análise da razoabilidade compõe a ideia em torno da teoria da reserva do possível e não pode deixar de ser enfrentada no momento em que demandas são propostas perante o Poder Judiciário para fins de coibir a Administração a realizar prestações estatais.

Em tom mais realista, uma vez que se trata de situação vivenciada de forma reiterada na rotina forense dessa autora, pensemos na situação de um pai de um aluno matriculado na rede pública municipal de ensino que decide procurar a Justiça para exigir que o transporte público fornecido ao seu filho seja disponibilizado, diariamente, na frente da sua residência. Será que é razoável cobrar do Estado que o transporte público escolar tenha que passar na frente de todas as residências dos alunos, mesmo daquelas em que não há sequer vias de acesso que comportem a entrada de veículos? Será que não é mais razoável exigir que o transporte seja disponibilizado a todos os alunos dentro de um perímetro mínimo, a fim de centralizar e facilitar a prestação desse serviço público? Parece-nos que a segunda opção se revela mais razoável, uma vez que dificilmente o Estado terá aparato humano, material e financeiro para realizar o transporte nas condições exigidas pelo genitor da criança, no exemplo proposto. As prestações estatais devem ser compatibilizadas dentro daquilo que o

universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes. O autor exemplifica que, por este critério, se um portador de determinada síndrome grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no estrangeiro, onde pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve perguntar se o custo decorrente daquela possível condenação judicial é ou não suportável para o Erário. O questionamento correto a ser realizado é a respeito da razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento no exterior para todos os brasileiros que se encontram em situação semelhante. Outro não é o entendimento de ANDREAS JOACHIM KRELL, “*Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais*”, In Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p. 52/53. A respeito do tema, ver ainda RICARDO LOBO TORRES, *Tratado Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p.371 e 406/432. O posicionamento deste doutrinador, com o qual não concordamos, conforme exposição de razões já explicitada no corpo do texto da presente investigação, é no sentido de que os direitos econômicos e sociais são meras normas programáticas que se destinam a fornecer diretivas, verdadeiras orientações ao legislador ordinário, sem eficácia vinculante no ordenamento. Para ele, os direitos sociais e econômicos existem apenas e tão somente sob a reserva do possível ou da soberania orçamentária do legislador, excepcionando o seu posicionamento em relação aos direitos que compõem o mínimo existencial.

indivíduo pode racionalmente esperar do Poder Público e não em conformidade com as suas preferências pessoais. O dever prestacional do Executivo encontrar-se-á atendido de forma razoável se o ente estatal assegurar o transporte escolar a todos os alunos das escolas públicas e comprometer-se a buscá-los em locais específicos e não distantes em demasia, ainda que não nas suas próprias residências. Não há direitos absolutos, tampouco o Estado tem que atender aquilo que o indivíduo pensa ser “seu” direito. O melhor ou mais adequado à concretização de um direito fundamental constitui uma construção global e não individual, cuja análise compete à discricionariedade dos poderes eleitos, os quais devem exercê-la de forma transparente, motivada, isonômica e, claro, com razoabilidade.

Para além dos limites fáticos e de razoabilidade, a reserva do possível também pode ser entendida como uma limitação jurídica do Estado. Nesse caso, trata-se da denominada escassez ficta, jurídica ou legal, em que, embora o bem exista, ele não pode ser fornecido pelo Estado por motivos de indisponibilidade jurídica, como a falta de previsão orçamentária para a feitura da despesa pleiteada; por previsão insuficiente de recursos ou por vedação expressa contida nos expedientes normativos de caráter orçamental. A indisponibilidade jurídica recursal não corresponde propriamente ao fato de se ter ou não fisicamente dinheiro para o cumprimento do dever estatal. É uma criação jurídica, um fato institucional, por meio do qual as dotações orçamentárias podem ser criadas, remanejadas, contingenciadas e anuladas.

Essa é a derivação da “reserva do possível” mais comumente suscitada pelo Poder Público nas ações judiciais que discutem, como fundo, as omissões estatais. É sobre a problemática em torno das alocações recursais e do orçamento do Estado que a presente investigação se debruça com maior atenção.

O que se costuma perceber na doutrina e na jurisprudência é a apresentação da reserva do financeiramente possível de forma genérica e tímida, sem a preocupação de aprofundar o debate nas questões orçamentais. No entanto, causa estranheza o fato de a temática não ser tratada, com maior detalhamento, sob esta ótica, pois não há como negar a relação de proximidade estreita entre o orçamento e a (im)possibilidade jurídico-econômica do Estado para praticar determinados gastos públicos.

O agir coletivo, por intermédio do Estado, precisa caminhar par e passo com o orçamento. Se as políticas públicas estatais encontram no texto constitucional a sua matriz, são nos estatutos orçamentários que ganham corpo e se transmutam de uma mera proclamação abstrata de direitos para realizações concretas, capazes de promover mudanças efetivas na

realidade social. Para tanto, o orçamento não pode ser concebido como uma peça ficcional ou como um entrave jurídico. O instrumento tem que ser recepcionado exatamente pelo que ele é: um instituto que em um só tempo promove o controle de poder político e serve, de forma primordial, ao planejamento e à execução governamental. O simples menoscabo do sistema orçamental em nada agregará à luta pela efetivação dos direitos. Muito pelo contrário. Não se vislumbra um futuro promissor à nação que não souber administrar o erário com responsabilidade.

Com isso, não se está a afirmar que o planejamento orçamental deverá sempre ser cumprido pelo Governo. Ainda que possa se conceber como uma obrigação *prima facie* em relação aos deveres estatais prestacionais, os quais compõem – ou deveriam – o planejamento governamental, há uma reserva ínsita ao Poder Público, no campo do financeiramente possível, que justifica, em grande medida, a existência da flexibilidade orçamental⁸⁷². Por sua vez, não se pode dizer que a reserva do financeiramente possível deve ser sempre desconsiderada pelo Poder Judiciário, no momento de proferir uma decisão com impactos orçamentários.

Não há uma regra unívoca, como uma fórmula matemática, em termos de tudo ou nada, a ser seguida pelos operadores. De onde se extrai que a reserva do financeiramente possível é formada por condicionantes intrínsecas aos direitos fundamentais prestacionais que precisam ser avaliadas no momento de identificação de uma eventual violação provocada pelo comportamento do Estado no cumprimento dos seus deveres constitucionais. Tudo depende da análise do caso concreto e das justificativas expostas pelo Poder Público, as quais não podem prescindir de um maior aprofundamento a respeito da temática orçamental.

Logo, as limitações financeiras relacionadas à reserva do possível não constituem uma situação falaciosa, mas as alegações estatais nesses domínios precisam ser avaliadas criteriosamente. A disponibilidade jurídica dos recursos públicos possui íntima relação com o repasse de receitas e com as competências orçamentárias administrativas e legislativas. Uma concepção diferente da reserva do financeiramente possível acarretaria à inadmissível e

⁸⁷² Para EDUARDO MENDONÇA (*Da faculdade de gastar ao dever de agir: O esvaziamento contramajoritário de Políticas Públicas*, op. cit., p. 373/412), ainda que haja uma liberdade de conformação orçamentária à Administração Pública, as previsões de gastos constantes no orçamento devem ser concebidas como um dever *prima facie* estabelecido ao Poder Público como forma de justificar o seu dever de motivar as escolhas feitas. Nessa mesma linha de entendimento, FERNANDO DA SILVA COMIM, *Reserva do Possível e Ponderação: por uma metodologia adequada no controle dos deveres sociais fundamentais*, dissertação de mestrado apresentada perante a Universidade de Lisboa/Faculdade de Direito, Lisboa, mai./2012, p. 161.

infactível conclusão de que o Poder Público tem o dever de conceder, de forma integral e absoluta, todos os direitos fundamentais dispostos no texto constitucional à população, uma vez que questões de ordem financeira e orçamentária não poderiam se sobrepor à concretização de direitos dotados de fundamentalidade. Ou, de outro giro, a conclusão antagônica de que o Estado pode utilizar-se do argumento em torno do financeiramente possível como um escudo intransponível, sem qualquer obrigação de justificar as suas escolhas, dando azo às decisões voluntaristas, desmotivadas e dissonantes do sistema constitucional.

A depender das decisões feitas pelo Estado, ou porque não dizer da Administração, pois a ela compete, com protagonismo, a escolha e o gerenciamento financeiro das políticas públicas a serem desenvolvidas, podem-se evidenciar situações geradoras de violações inconstitucionais. Certo é que as escolhas dos poderes eleitos não são desprovidas de significação jurídica. O Poder Público tem o dever de *accountability*, ou seja, de prestar contas, de forma transparente, motivada e acessível, à comunidade, sempre e principalmente nas hipóteses em que as suas pretensões selecionadas não forem acolhidas⁸⁷³. O compartilhamento das decisões políticas da Administração Pública com os indivíduos e perante as instituições de controle é uma garantia fundamental que confere coerência e transparência ao sistema constitucional orçamental.

Quando o funcionamento do sistema não transcorre com a fundamentação e a harmonia necessárias, a população recorre ao Poder Judiciário e o posiciona como árbitro dos seus desacordos constitucionais em face do Poder Público. O desafio que se apresenta é no sentido de definir, com maior precisão, os limites desta intervenção judicial, para que possa ser exercida de forma constitucionalmente adequada.

7.5 Ativismo Judicial X Reserva do Financeiramente Possível

Ainda que a intervenção jurisdicional seja legítima e encontre respaldo democrático no seu essencial papel de guardião da Constituição da República é preciso definir se, com o

⁸⁷³ Para melhor aprofundamento sobre o controle social do orçamento, ver SERGIO ASSONI FILHO, *Transparência fiscal e democracia*, Nuria Fabris Ed., Porto Alegre, 2009, p. 151/173; JOSÉ REINALDO DELIMA LOPES, *Os conselhos de participação popular – validade jurídica das suas decisões*, Revista de Direito Sanitário, nº 01, novembro/2000, São Paulo, p. 28/34; JUAREZ FREITAS, *O controle social do orçamento público*, Revista Interesse Público, nº 11, Belo Horizonte, 2001, p. 16/17 e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 252/253.

propósito de controlar os demais poderes estatais, pode o Magistrado produzir decisões aditivas; implementar direitos prestacionais; redirecionar as escolhas políticas alocativas e, por conseguinte, promover impactos financeiros não previstos no orçamento.

Em torno dessa discussão, é imprescindível avaliar as capacidades institucionais do Poder Judiciário e verificar se as suas intervenções devem ser pautadas por posturas restritivas ou ativistas. A tensão entre Estado de Direito, direitos fundamentais e democracia parece não ter fim. Ela reaparece em cada nova demanda em que direitos individuais se confrontam com as decisões majoritárias tomadas pelo Governo e pelo Parlamento.

Nesse diapasão, há uma necessidade permanente de conciliar duas realidades aparentemente opostas: Estado de Direito X Estado Democrático. Uma equação que busca um denominador comum, com potencial para equilibrar a concepção majoritária, estatística de democracia, com a substantiva, atrelada à ideia de efetividade dos direitos fundamentais⁸⁷⁴.

Muitos podem afirmar que, em tese, a maioria tem o direito de governar, simplesmente porque é necessário definir um critério para a seleção das escolhas políticas e a opinião majoritária constitui o critério prevalecente ou que as decisões que refletem o desejo de um maior número de pessoas devem se sobrepor, pois esse é o entendimento mais representativo do consenso social. O problema, principalmente nas sociedades abertas e pluralistas como as modernas, surge quando o direito à liberdade de alguns resta comprometido pela vontade da maioria. Como integrar essas pessoas que refletem o pensamento minoritário, mas que são seres humanos e que devem, como tal, receber igual consideração e respeito?

O dilema, portanto, é desenvolver o processo de autogoverno coletivo sem acatar totalmente a vontade da maioria e, de igual forma, sem recepcionar cegamente as escolhas da minoria. Para tanto, é preciso definir quem arbitra, ao final, estes desacordos; quais são as regras do jogo e quando a vontade de um grupo deve prevalecer sobre a de outro. Em nosso entender, permitir que o julgador dos desacordos constitucionais seja sempre as próprias forças que representam diretamente a maioria não configura a melhor escolha. Em alguns casos a maioria pode estar certa e a minoria não, mas em outras hipóteses, a situação pode inverter-se completamente. Veja o drama enfrentado pelos Estados Totalitários, no século XX, no continente europeu, que introduziram em seus ordenamentos jurídicos os regimes nazista e

⁸⁷⁴ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p.19/22.

fascista.

É nesse contexto que o Poder Judiciário surge como uma alternativa jurídico-constitucional legítima para lidar com esse antagonismo, ou seja, para alinhar o Estado de Direito, os direitos fundamentais e a ideia de democracia majoritária. O papel da Justiça Constitucional é definir e coibir, com base em critérios racionais, objetivos e constitucionalmente adequados, violações aos direitos fundamentais, quando praticados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Isso não quer dizer que os desacordos devem, desde logo, ser decididos em favor da maioria. A função essencial da jurisdição constitucional é verificar se os direitos fundamentais, pertencentes a determinado(s) indivíduo(s) ou a certos grupos, estão sendo inconstitucionalmente/ilegalmente restringidos pelo Estado, sendo, por esse motivo, merecedores de proteção jurídica. O que exsurge é essencialmente um conflito de natureza jurídico-constitucional.

É importante destacar que a Constituição Federal de 1988 não se manteve inerte ao problema. Não por acaso foi assegurada a independência das forças políticas representativas, ao passo que também foram garantidos os direitos fundamentais dos indivíduos, através de extenso rol, os quais recebem a tutela, em *ultima ratio*, do Judiciário. Logo, acima das decisões majoritárias diuturnas proferidas pelo Executivo e pelo Legislativo, tem-se uma decisão maior, igualmente tomada pela maioria, de forma precedente, representada pelo Legislador Constituinte, com força e abrangência tamanha, para fazer-se valer como lei fundamental. Aquela a que todos, inclusive as instituições políticas, estão sujeitas. Essa é a principal razão pela qual o Poder Judiciário brasileiro pode e deve atuar.

Mas, se a Constituição Federal é expressa em relação à legitimidade democrática da Justiça Constitucional, já não o é, da mesma forma, em relação aos seus limites. Nessa seara, é necessário tratar do ativismo judicial e das decisões manipulativas com efeitos aditivos.

7.5.1 O ativismo judicial e as suas decisões manipulativas com efeitos aditivos

A separação dos poderes defendida pela proposta montesquiana em que o Poder Judiciário tinha como função típica a aplicação subsuntiva da lei, alterou-se, paulatinamente. Com a evolução do constitucionalismo, essa divisão estanque entre os poderes passou a não ser mais sustentável, diante das diferentes necessidades e das condições de vida das

sociedades modernas. Por este motivo, muitos ordenamentos conferiram às suas Cortes Constitucionais a competência para realizar o controle de constitucionalidade das normas e dos atos normativos, cujo desenvolvimento e limites têm sido objeto de intensos debates⁸⁷⁵.

No Brasil, nas últimas décadas, o Poder Judiciário tem sido conclamado cada vez com mais frequência pela população para interceder em questões afetas às violações inconstitucionais, sendo obrigado a adentrar em um terreno já ocupado pelas forças políticas representativas. Ocorre que ao atuar, o Judiciário tem desenvolvido as suas atividades de forma marcadamente ativista, reflexo, em grande medida, do perfil programático da Carta Política pátria; da ineficiência do Parlamento para responder, de forma célere e adequada, às novas exigências constitucionais, bem como em decorrência do sistema de presidencialismo de coalização vigente e das suas disfunções práticas, as quais produzem impactos que comprometem a unidade e a coerência do sistema constitucional⁸⁷⁶.

Não por acaso assistimos uma progressiva e contínua expansão do Poder Judiciário sobre os domínios da política, bem como das relações interinstitucionais e sociais, com interferências nos debates públicos relativos a temas polêmicos⁸⁷⁷. Os julgamentos, em sede

⁸⁷⁵ A respeito da temática e sobre o princípio da separação dos poderes a partir da evolução do constitucionalismo, ver ainda GRANT GILMORE, *As Eras do Direito Americano*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1978, p. 25/27.

⁸⁷⁶ Os autores ANDRE KARAM TRINDADE e RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA (“*Os impactos do ativismo judicial no sistema político: Notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais poderes em tempos de crise política*”, In George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr. (Coords.), *Crise dos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 225/243) apontam que para garantir a maioria legislativa, o Chefe do Poder Executivo necessita formular acordos com o Parlamento, composto por grupos plurais, representantes de interesses igualmente diversos. Dentre as medidas adotadas para a busca pela governabilidade, a Administração realiza negociações para o preenchimento de cargos políticos do primeiro e de segundo escalão. Ocorre que os termos dessas pactuações são revistos periodicamente, a depender do enfraquecimento de uma das partes envolvidas. E, conforme a situação, as convergências são difíceis de serem atingidas, intensificando o grau de intervenção judicial em torno das questões políticas. Nessas hipóteses, os doutrinadores entendem que o Poder Judiciário precisa agir com cautela, diferentemente do que tem ocorrido, no Brasil. Nesse diapasão, ELIVAL DA SILVA RAMOS (*Ativismo Judicial*, op. cit., 288/293) aduz que a matriz do ativismo judicial brasileiro decorre da dinâmica de funcionamento do sistema de governo presidencialista, que encontra dificuldades de promover administrações apoiadas por maiorias parlamentares estáveis, o que se agrava diante do cenário de pluripartidarismo exacerbado. O autor menciona uma palestra feita pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no ano de 2008, em que o então Presidente do Supremo Tribunal Federal afirmou que o ativismo da Corte não corresponde a uma manifestação de desrespeito ao Congresso Nacional ou uma usurpação indevida da função legislativa, mas sim uma tentativa de concretizar a Constituição. Nessa linha de entendimento, ver, ainda, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 291/293; GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 396/397, e CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, *Dimensões do ativismo judicial do STF*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 358/359.

⁸⁷⁷ Veja, por exemplo, o precedente *Roe X Wade*, de 1973, em que a Suprema Corte, interpretando a décima quarta emenda, decidiu que a opção de uma gestante pelo aborto é decorrente do seu direito à privacidade. Os questionamentos mais comuns em torno deste caso não se referem, apenas, à interpretação dada pelo Tribunal Constitucional Americano sobre a questão, mas sim pelo fato de a Corte ter submetido o caso à sua apreciação, eis que se trata de assunto polêmico, que ainda não se encontrava amadurecido na sociedade

de controle concentrado de constitucionalidade, a respeito da permissão de pesquisas por meio de terapias com células-tronco embrionárias⁸⁷⁸ e da legitimidade do rito do processo de impeachment que redundou na interpretação do regimento interno da Câmara dos Deputados⁸⁷⁹ são exemplos dessa nova realidade. Mas, para além desta espécie de fiscalização, o resultado aditivo das intervenções jurisdicionais tem sido vislumbrado de forma significativa nas ações individuais afetas a temas constitucionais.

Não se pode deixar de considerar que essa atuação jurisdicional ativista não passa incólume. Ao decidir os desacordos de envergadura constitucional em favor de um dos lados, a Corte Constitucional acaba por desagradar o outro. A forma expansiva com a qual o Poder Judiciário transita nesse território minado tem provocado questionamentos em torno da sua legitimidade e dos seus limites. Afinal, ao atuar de forma ativista a Justiça Constitucional está ou não judicializando a política?

O primeiro ponto a ser considerado é que justiça e política não são temas que se encontram em polos diametralmente opostos. A Justiça Constitucional possui uma dimensão política inegável. O Legislador Constituinte conferiu-lhe o papel de realizar a guarda da Constituição, que corresponde ao estatuto político máximo da nação. O documento no qual são contemplados as garantias e os direitos fundamentais vigentes na ordem jurídica, responsáveis por disciplinar não somente a organização do Estado, como também a vida dos particulares. Recai sobre os magistrados, de forma diuturna, a atribuição de interpretar a Constituição, bem como as leis infraconstitucionais e os atos normativos, produtos do exercício das funções legislativa e executiva, que são essencialmente políticas. A designação dos próprios membros da Corte Constitucional perpassa por um processo político, cujos integrantes dependem das indicações, deliberações e aprovações dos representantes do Executivo e do Legislativo⁸⁸⁰.

Portanto, a Justiça Constitucional e a política se comunicam inevitavelmente. O

americana, tendo sido essa a principal razão pela qual ainda não havia sido objeto da atuação legiferante.

⁸⁷⁸ Cf. ADIN nº 3.510, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 07.08.2007, do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁷⁹ Cf. ADPF nº 378, Rel. Min. Edson Fachin, DJ de 17.12.2015, do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁸⁰ Para PAULO BONAVIDES (Curso de Direito Constitucional, op. cit., p. 318), todos os atos legislativos sujeitos a um controle de constitucionalidade configuram genericamente matéria política. Outro não é o entendimento de ANA PAULA DE BARCELLOS (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, op. cit., p. 271). A doutrinadora sustenta que a vertente política da Justiça Constitucional é a ela inerente. E elenca as seguintes razões para sustentar o seu posicionamento: a) a Justiça Constitucional foi criada pela Constituição Federal, de onde decorre a sua autoridade e legitimidade; b) a cúpula do Poder Judiciário é nomeada pela vontade conjunta do Poder Legislativo e do Poder Executivo; c) os magistrados dispõem de inúmeras prerrogativas que lhe conferem independência de ação; d) a atividade jurisdicional é exercida com base em enunciados normativos, produtos da vontade majoritária da população.

dilema é definir quando a intervenção ativista se transforma em arbítrio. Quando o Judiciário, ao penetrar em território pertencente à esfera política, deixa de fazê-lo dentro do âmbito dogmático-jurídico e acaba por ultrapassar uma zona limítrofe invisível, porém absolutamente presente, na ordem constitucional.

A complexidade do ativismo judicial decorre das suas múltiplas facetas, insuscetíveis de serem singularizadas. Apesar da polissemia em torno do termo ativismo judicial⁸⁸¹, não seria incorreto afirmar que se trata de um fenômeno que se apresenta por meio de diversas intervenções, não necessariamente cumulativas, entre as quais a adoção de posicionamentos caracterizados por uma postura ampliativa do Judiciário, em detrimento das decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; de decisões que selecionam os valores morais adotadas pela comunidade; de veredictos maximalistas, com soluções e efeitos que extrapolam a necessidade do caso em análise; do exercício da atividade interpretativa de forma criativa, em que as Cortes Constitucionais estendem o sentido e o alcance de direitos não delimitados com precisão pelo legislador constituinte e pelo legislador ordinário; da definição e da imposição de deveres prestacionais a outros poderes, ainda que com impactos financeiros e orçamentais, sem prejuízo de outras medidas intervencionistas, caracterizadas por uma atuação pautada pela diminuta ou inexistente contenção judicial.

Os juízes ativistas não se sentem presos aos sentidos literais e entendimentos históricos das Constituições. A Carta Magna é concebida como um documento dinâmico, entendendo como função do Poder Judiciário a sua aproximação às necessidades da sociedade, sempre em evolução. Os magistrados ativistas também não se eximem de preencher as lacunas e as omissões tanto legislativas quanto executivas existentes no ordenamento, por meio da utilização de métodos de interpretação criativos, que permitem conferir aos direitos novos significados e alcances⁸⁸².

⁸⁸¹ A origem do termo surgiu em um artigo redigido por Arthur Schlesinger, em 1947, nos Estados Unidos, publicado na revista *Fortune*. Sobre o tema, ver KEENAN D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review, vol. 92, Issue 5, oct/2004, p. 1441/1477; ANDRE KARAM TRINDADE e RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA, *Os impactos do ativismo judicial no sistema político: Notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais poderes em tempos de crise política*, op. cit., p. 225/243 e CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, “*Dimensões da autorestrição judicial*”, In George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr. (Coords.), *Crise dos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p.243/264.

⁸⁸² Cf. WILLIAN P. MARSHALL, *Conservatism and the seven signs of judicial activism*, Law Review, nº 73, University of Colorado, Chapel Hill, 2002, p. 101/140. Sobre o tema, KEENAN D. KMIEC (*The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, op. cit., p. 1442/1445) menciona que podem ser consideradas ativistas as medidas judiciais que invalidem os atos praticados por outros poderes, em desaprovação às escolhas das diretrizes políticas; a intervenção dos juízes como legisladores positivos e a aplicação de decisões desviantes

Para os defensores de uma postura proativa da Justiça Constitucional, a participação mais intensa do Poder Judiciário se justifica para que se possa extrair a força normativa da Constituição e conferir-lhe máxima efetividade. Nessa linha de pensamento, para além de aplicar o direito, admite-se a sua criação. Novos sentidos normativos são estabelecidos a partir da interpretação e da construção jurisprudencial, no intuito de expandir a eficácia social dos direitos e de conformá-los à realidade social, aos valores e aos objetivos constitucionais⁸⁸³. Contudo, mesmo entre os seus adeptos, há aqueles que apresentam uma posição levemente mais restritiva, no sentido de que a intervenção jurisdicional ativista se volte mais intensamente para a tutela dos direitos fundamentais, para a proteção dos grupos minoritários e para a salvaguarda do regime democrático⁸⁸⁴.

As críticas feitas a essas intervenções características do ativismo judicial não são pequenas. Questiona-se o risco da promoção de decisões casuísticas e da atuação subjetiva do intérprete, que pode incutir no bojo das intervenções jurisdicionais, ainda que de forma travestida, as suas convicções pessoais, de caráter moral, ideológico, religioso e/ou político-partidário. E, em assim procedendo, transformar a ação jurisdicional em um ativismo carente de critérios, de forte imprevisibilidade, incapaz de observar os dispositivos contidos no ordenamento e em evidente desrespeito aos demais poderes, a quem compete efetuar as escolhas políticas em um Estado Democrático de Direito⁸⁸⁵.

Com efeito, o ativismo judicial é um fenômeno gerador de divergências doutrinárias

dos precedentes.

⁸⁸³ Cf. LUIS ROBERTO BARROSO, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, In Jacinto N. Miranda Coutinho, *Constituição e Ativismo Judicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 275/290. Para CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS (*Dimensões do ativismo judicial do STF*, op. cit., p. 166), os juízes ativistas não se sentem restringidos ao sentido literal das Constituições. Ao contrário. Os magistrados concebem a Constituição como uma força dinâmica. Sentem-se à vontade com os juízos morais e políticos e defendem a interpretação criativa de normas constitucionais indeterminadas. O autor define o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes em desfavor dos demais atores políticos. Ao avaliar o fenômeno denominado ativismo judicial, CARLOS BLANCO DE MORAIS (“*As sentenças com efeitos aditivos*”, In Carlos Blanco de Moraes (Org.), *Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2009, p. 23) considera que as Cortes Constitucionais atuam como uma espécie de legisladores positivos, na medida em que se posicionam como um poder com funções corretivas de deformidades das normas constitucionais. Nessa linha de pensamento, ainda, consultar MAURÍCIO MAZUR, “*A operação da ponderação na sentença aditiva de conformação isonômica*”, In David Duarte, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo de Tarso Brandão (Orgs.), *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013, p. 327.

⁸⁸⁴ Cf. DANIEL SARMENTO, “*O neoconstitucionalismo no Brasil*”, In André Luiz Fernandes, *As novas faces do ativismo judicial*, Ed. JusPodium, Salvador, 2011, p. 73/113.

⁸⁸⁵ Nesse sentido, ERNEST A. YOUNG, *Judicial activism and conservative politics*, University of Colorado Law Review, v. 73, nº 4, 2002, p. 1139/1216; ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, op. cit., p. 168/198 e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 294/297.

e jurisprudenciais. Os debates são intensos para identificar se o papel constitucional do Judiciário deve equiparar-se a de um legislador negativo ou se pode ultrapassar fronteiras institucionais e atuar como um autêntico legislador positivo. Em nosso entendimento, uma resposta de peso único, meramente afirmativa ou negativa, revela-se prematura e pouco prudente em um universo tão repleto de particularidades. Tudo depende da situação concreta, onde será possível constatar se a intervenção realizada pela Justiça Constitucional, inclusive e principalmente no campo hermenêutico, é exercida em conformidade a parâmetros jurídico-constitucionais, ou se constitui uma inapropriada invasão nos domínios afetos às demais forças políticas, compostas pelos representantes eleitos.

Para um melhor aprofundamento sobre a temática, inclusive sobre as balizas dogmático-jurídicas dessa intervenção, é importante adentrar no campo das decisões judiciais manipulativas com efeitos aditivos, uma vez que constituem instrumentos comuns às práticas ativistas e interferem diretamente na esfera de atuação do legislador e do administrador.

As sentenças com efeitos aditivos podem ser consideradas como decisões de inconstitucionalidade, em que as Cortes Constitucionais atuam de forma semelhante a um legislador positivo⁸⁸⁶. São compostas de duas partes principais: uma de conteúdo ablativo, em geral parcial, de uma norma jurídica, com base na sua inconstitucionalidade e outra etapa de caráter reconstrutivo, para que haja a sua compatibilidade constitucional⁸⁸⁷. Através das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, o magistrado constitucional profere decisões autoaplicativas e não se limita a declarar a inconstitucionalidade da lei, efetuando alterações legislativas ou estabelecendo critérios para a sua realização *a posteriori* pelo próprio legislador⁸⁸⁸.

Para Carlos Blanco de Moraes, devem ser distinguidas as sentenças aditivas próprias das sentenças com efeitos aditivos de caráter impróprio, relacionadas à função de

⁸⁸⁶ Nessa linha de pensamento, FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI, “*Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano*”, In Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Orgs.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio em sus cincuenta años como investigador del derecho*, Marcial Pons, México, 2008, p. 325/326; CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*, op. cit., p. 166 e GEORGES ABOUD, *Processo Constitucional Brasileiro*, op. cit., p. 300/301.

⁸⁸⁷ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 417.

⁸⁸⁸ Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 394. Já para FERNANDO FACURY SCAFF (“*Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível*”, In Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível*”, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 133), a sentença aditiva é aquela que provoca um incremento de custos ao erário, obrigando o Poder Público ao reconhecimento de um direito não previsto originalmente no orçamento estatal.

complementação constitucional. Apesar de promoverem um efeito adjuntivo, estas últimas resultam da atividade interpretativa usual das Cortes Constitucionais, comum nas hipóteses em que se descodifica e se concretiza um princípio ou um conceito jurídico indeterminado, de conteúdo incerto. Nessas hipóteses, não há o que se falar em intromissão judicial na esfera política legislativa e executiva, uma vez que foram os próprios representantes políticos eleitos que, de forma intencional, permitiram que as elucidações de determinados conceitos, eminentemente abertos, ocorressem por meio da intervenção jurisdicional⁸⁸⁹.

Por outro lado, entre as sentenças aditivas próprias, merecem destaque as sentenças redutoras ou demolitórias que são aquelas que declaram a inconstitucionalidade de determinada palavra, frase, parágrafo ou dispositivo responsável por um vício de inconstitucionalidade, por motivo da sua redação se evidenciar excessiva e, por conseguinte, discordante à Constituição. Ao eliminá-lo, amplia-se o âmbito normativo da norma, cujo conteúdo estava indevidamente restringido. Logo, o efeito aditivo da sentença não é estabelecido por um novo dispositivo, resultado da interpretação criativa e integradora da Justiça Constitucional, sendo mero corolário da ampliação automática proveniente da “demolição” do vício inconstitucional. Essas sentenças são usualmente prolatadas em prol da preservação do princípio da isonomia⁸⁹⁰. Como exemplo, suponhamos que uma lei contém um artigo que prevê o aumento de impostos em relação à aquisição de certo produto. Contudo, o parágrafo único desse mesmo artigo dispõe que esse imposto não será objeto de aumento nos casos de contribuintes do sexo masculino. Nestes termos, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, na medida em que promove um tratamento desigual e desproporcional entre homens e mulheres. No entanto, no momento em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade desse parágrafo, provocador de uma discriminação intolerável no

⁸⁸⁹ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 422. O autor elenca mais uma modalidade de sentença de complementação constitucional considerada decisão aditiva de caráter impróprio. Trata-se das decisões de revisão constitucional. No entanto, diferentemente das sentenças que concretizam um princípio ou um conceito aberto indeterminado, estas ampliam, em razão da atividade de interpretação, o objeto da norma constitucional existente, à margem do texto e da vontade, explícita ou implícita, do legislador constituinte. Para JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Sociais*, op. cit., p. 143) a indeterminabilidade de alguns direitos fundamentais na Constituição não constitui uma opção inadvertida do legislador. Está diretamente relacionada com a dependência de fatores mutáveis que o Poder Público não controla, tais como as disponibilidades financeiras que interferem diretamente na condição financeira e econômica que determinado Estado experimenta. Para o doutrinador, conferir um conteúdo muito preciso a certos direitos dificulta que, no futuro, o Estado tenha a possibilidade de reação célere e adequada frente à modificação das suas condições econômicas.

⁸⁹⁰ Cf. FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI, *Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano*, op. cit., p. 340/341; RICARDO BRANCO, *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 278/279 e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 422/426.

ordenamento constitucional, e o remove, acaba por permitir que o imposto seja cobrado a partir da compra do bem, mas independentemente do sexo masculino ou feminino do contribuinte.

Outra modalidade de sentença aditiva própria refere-se às denominadas sentenças aditivas de princípio. O objetivo dessas sentenças é declarar a inconstitucionalidade de textos normativos desconformes à Lei Fundamental, mas não complementar eventual lacuna ou omissão decorrente dessa declaração. As sentenças aditivas de princípio almejam orientar o legislador e o administrador a respeito dos limites que se fazem necessários para a reparação dos vazios normativos, sem que os próprios Tribunais atuem diretamente⁸⁹¹. Apesar de não contemplar um componente reconstutivo, essa espécie de sentença cria condições para que a reparação ocorra, razão pela qual possui um efeito aditivo, ainda que não imediato⁸⁹². Para alguns doutrinadores, as sentenças aditivas de princípio assemelham-se às modalidades de sentença que promovem o apelo ao legislador ou que atestam a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁸⁹³.

Em paralelo às sentenças aditivas demolitórias e de princípios, têm-se, também, as sentenças aditivas em sentido estrito. Nesta modalidade de sentença aditiva, a Justiça Constitucional julga inconstitucional parte do texto normativo, porém recompõe a lacuna ou a omissão legislativa. O problema aqui não é a redação excessiva do texto em exame pelo legislador, mas sim a ocorrência de relevante omissão, sendo necessário que haja o complemento do texto. A sua redação encontra-se aquém do necessário, sendo esse o motivo causador da inconstitucionalidade. Por essa razão, o Poder Judiciário define e adiciona o que o Legislativo ou o Executivo deveria ter disciplinado previamente nos seus expedientes normativos⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ Interessante situação deu-se na jurisprudência colombiana. Trata-se da Sentencia sob nº C-383, de 25.05.1999 e da Sentencia sob nº C-747, de 06.10.1999. Em meados do ano de 1998, inúmeros devedores hipotecários adentraram na Justiça para rever os financiamentos imobiliários por eles contraídos. Em decisão, a Corte Constitucional determinou que o Poder Legislativo formulasse uma nova regulamentação do sistema de financiamento para a compra de imóveis, sem indicar exatamente qual seria, mas desde que fossem asseguradas aos demandantes, pertencentes à classe média do país, condições mais equilibradas na atualização monetária das prestações. Para um maior aprofundamento do tema, ver RODRIGO UPRIMNY YEPES, *A judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos*, SUR-Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 06, São Paulo, 2007, p. 59/61.

⁸⁹² Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 441/446.

⁸⁹³ Cf. GEORGES ABOUD, *Processo Constitucional Brasileiro*, op. cit., p. 304/305 e GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 305/351.

⁸⁹⁴ Sobre o tema, ver AUGUSTO CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 5ª edição, Ed. Giuffrè, Milano, 2008, p. 260/267; GEORGES ABOUD, *Processo Constitucional Brasileiro*, op. cit., p. 307/311 e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 426/441. O doutrinador lusitano

Não por acaso, essa espécie de sentença aditiva é considerada a mais polêmica entre todas as suas modalidades classificatórias. Ao promover um controle forte de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional pronuncia o complemento que verifica como constitucionalmente adequado ao caso em exame, mas assume o risco de, ao assim proceder, interferir na esfera das escolhas políticas⁸⁹⁵. A situação se agrava quando as sentenças aditivas

as classifica de acordo com a natureza do bem, dividindo-as entre sentenças aditivas de garantia e sentenças aditivas de prestação. Em conformidade à forma revestida pela operação ablativa, divide-as entre sentenças sem redução de texto e com redução de texto. E, por fim, segundo as razões que presidem a operação adjuntiva, divide-as em sentenças aditivas de caráter corretivo e de caráter integrativo, subdividindo-as, ainda, neste caso, em sentenças discricionárias e constitucionalmente obrigatórias. O autor considera como sentenças aditivas de conteúdo corretivo aquelas em que “a sua componente reconstrutiva intenta, através da revelação ou indicação de uma norma, transformar o sentido originário do preceito julgado parcialmente inconstitucional, de forma a compatibilizá-lo com a Constituição”. Por sua vez, as sentenças aditivas com conteúdos integrativos são vislumbradas “sempre que o Tribunal Constitucional decide colmatar uma lacuna técnica ocasionada, direta ou indiretamente, por efeito ablativo próprio da decisão, materializando-se a operação aditiva através da identificação na sentença de uma norma aplicável já existente na ordem jurídica”.

⁸⁹⁵ A respeito dessa temática, tem-se o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADIN nº 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 29.05.2008, que tramitou no Supremo Tribunal Federal. O objeto da ação tratava de avaliar a constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005, que disciplinava a realização de pesquisas mediante a utilização de células-tronco. Ao apresentar o seu voto, o Ministro declarou que o artigo 5º do referido diploma legal era inconstitucional, por violação ao princípio da proibição da proteção deficiente. Em seu voto declarou que: “A lei brasileira, numa lacuna contundente, estabelece apenas que as instituições de pesquisa e serviços de saúde, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. Deixa a lei, nesse aspecto, de instituir um imprescindível Comitê Central de Ética, devidamente regulamentado. A legislação germânica, por exemplo, institui não só um órgão administrativo competente (Zuständige Behörde), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (Zentrale Ethikkommission für Stammzellenforschung), formada por experts em medicina, biologia, ética e teologia. Além disso, é importante observar que a legislação no direito comparado, sem exceção, estabelece, de forma expressa, uma cláusula de subsidiariedade, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins. A lei brasileira deveria conter dispositivo explícito nesse sentido, como forma de um tratamento responsável sobre o tema. Os avanços da biotecnologia já indicam a possibilidade de que células-tronco totipotentes sejam originadas de células do tecido epitelial e do cordão umbilical. As pesquisas com células-tronco adultas têm demonstrado grandes avanços. O desenvolvimento desses meios alternativos pode tornar desnecessária a utilização de embriões humanos e, portanto, afastar pelo menos em parte, o debate sobre as questões éticas e morais que envolvem tais pesquisas. Assim, a existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos torna a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica contrária ao princípio da proporcionalidade. O art. 5º da Lei 11.105/2005 é, portanto, deficiente em diversos aspectos, na regulamentação do tema das pesquisas com células-tronco. A declaração de sua inconstitucionalidade, com a consequente pronúncia de sua nulidade total, por outro lado, pode causar um indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência. Não seria o caso de declaração total de inconstitucionalidade, ademais, pois é possível preservar o texto do dispositivo, desde que seja interpretado em conformidade com a Constituição, ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo. (...) Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, assegurados pelo texto constitucional. O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma ‘função reparadora’ ou, como esclarece Blanco de Moraes, ‘de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade’. Seguindo a linha de raciocínio até aqui declinada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o

propriamente ditas definem e desenvolvem políticas públicas prestacionais, com inegáveis impactos orçamentários.

Em nosso posicionamento, para que essa equação corretiva ou integrativa saneie um vazio jurídico no ordenamento jurídico-constitucional, sem desrespeitar o regime democrático e o princípio da separação entre os poderes, as Cortes Constitucionais não devem promulgar um direito de cunho originário, sem precedente amparo constitucional. Ao criar um direito que não existe, o qual não pode ser extraído, com objetividade, de regras ou até mesmo de princípios já contidos no ordenamento jurídico, a Justiça Constitucional acaba por violar as competências, em demonstração clara de falta de deferência às capacidades legais e cognitivas dos demais poderes representativos. Ao corrigir ou integrar as omissões e lacunas jurídicas, o Poder Judiciário deve voltar-se para as normas jurídicas já existentes no sistema, restringindo-se a individualizar um significado normativo de acordo com uma norma presente no ordenamento e não criar direito novo, com igual liberdade e no mesmo plano da atividade legislativa.

Porém, nem sempre a norma jurídica existente na ordem jurídica e aplicável, em tese, ao caso concreto é capaz de solucionar o caso de forma automática, estreme de dúvidas. É provável que essa equação corretiva ou integrativa baseie-se em construções jurídicas mais

princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano. O art. 5º da Lei 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio da responsabilidade. Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde”. Em nosso entendimento, o Ministro Gilmar Mendes, sob o argumento de respeito aos princípios da proporcionalidade e da responsabilidade, utilizou-se das sentenças aditivas para substituir a vontade do legislador, que escolheu uma entre diversas alternativas disponíveis para o enfrentamento do tema, em expressa invasão à reserva parlamentar. Não se verifica, no texto constitucional, qualquer dispositivo que possa, direta ou indiretamente, justificar a necessidade de criação de um Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, tanto que os parâmetros apresentados pelo ilustre Ministro vieram de legislação presente no direito comparado, mais especificadamente da Alemanha. Logo, a condicionante acrescida pelo Ministro Gilmar Mendes não corresponde a uma resposta obrigatória conferida pelo sistema constitucional brasileiro. Cada pessoa, de acordo com as suas convicções ideológicas, filosóficas, religiosas e científicas pode avistar e sustentar um requisito específico para o desenvolvimento das pesquisas dessa natureza. Se essa é a opção que o Ministro entende como mais adequada, segundo a sua avaliação eminentemente subjetiva, não têm, por si, o condão de ultrapassar as capacidades legais e cognitivas dos congressistas. Estes, no fórum adequado, analisaram as propostas alternativas, diante do pluralismo de entendimentos afetos ao tema e escolheram aquela que entenderam ser a mais apta e idônea para disciplinar as pesquisas com células-tronco embrionárias.

complexas, fulcradas em princípios dispostos explícita ou implicitamente no sistema constitucional, com conteúdos caracterizados pela abertura e vagueza. Nessas hipóteses, é essencial que o Poder Judiciário se atenha aos seus limites no momento de solucionar esse enigma constitucional, adotando máxima cautela no emprego de práticas criativas e maximalistas.

Não nos parece adequada à admissibilidade de utilização indiscriminada das decisões com efeitos aditivos pela Justiça Constitucional. É preciso que as intervenções sejam precedidas de limites, por mais difícil que seja discipliná-los com máxima precisão. Todavia, se não é possível a fixação individualizada de cada um dos limites, tal como um rol taxativo, qualquer contribuição que anteveja caminhos ou indique minimamente parâmetros que conduzam a intervenção judicial para rumos que não se revelem demasiadamente subjetivos, imprevisíveis e por via de consequência arbitrários é bem-vinda.

Nessa conformidade, a intervenção judicial precisa se desenvolver com escoro às normas já dispostas na ordem jurídica. Não se podem admitir decisões que provoquem verdadeiros rompimentos ou revisões constitucionais, sem qualquer amparo na Lei Fundamental⁸⁹⁶. O texto normativo constitucional corresponde ao marco zero a fundamentar todo o processo hermenêutico. Para Konrad Hesse, “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ Interessante posicionamento em relação às sentenças ativistas é dado por CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p.461/465). São por ele consideradas ilegítimas as decisões aditivas que promovam a revisão constitucional, sem amparo em qualquer raciocínio derivado da Constituição Federal, criando-se originais parâmetros constitucionais, em violação a reserva parlamentar da função de revisão constitucional. De igual forma, o doutrinador não considera legítimas as decisões manipulativas substitutivas, uma vez que ocasionam a produção primária de regras de direito com força de lei, cuja tarefa recai ao legislador e não ao juiz. O autor também considera ilegítima a edição de uma decisão aditiva em sentido estrito sempre que a reconstrução normativa contida na decisão opte por preencher um vazio normativo quando este puder se concretizar mediante uma pluralidade de soluções. Por sua vez, não considera como desconforme à Constituição as decisões aditivas impróprias que descodifique conceitos jurídicos indeterminados. Bem assim, entende como legítimas as sentenças aditivas próprias demolitórias, que removam norma inválida na parte em que exclui a sua aplicação a um grupo de indivíduos, restando esses últimos abrangidos pelo âmbito da previsão normativa remanescente, a qual não foi abarcada pela declaração de inconstitucionalidade. O autor sustenta, ainda, que as sentenças aditivas em sentido estrito serão legítimas quando ao reprimirem uma norma parcialmente inconstitucional, especificadamente em decorrência de violação do princípio da igualdade, determinarem a inclusão de pessoas, por se tratar de efeito necessário e obrigatório de uma norma ou de um princípio apto a ser diretamente aplicado. Em suas palavras: “Aqui, o Tribunal Constitucional, longe de criar uma regra nova, desamparada de um parâmetro constitucional de referência, enuncia no segmento positivo da sentença, um critério de decisão que deriva directamente da Lei Fundamental”.

⁸⁹⁷ Cf. KONRAD HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 20ª edição, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 69/70. Nesse sentido, ver, ainda, JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1208/1209; ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo Judicial*, op. cit., p. 310 e JANE REIS GONÇALVES PEREIRA, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 48. Para a autora, no processo hermenêutico, o intérprete tem

De outro lado, ainda que os critérios de decisão derivem diretamente da Constituição, quanto maior a abertura e a indeterminação da norma invocada, maior deve ser o esforço argumentativo do julgador em desenvolver, de forma transparente, compreensível e motivadamente racional o seu múnus. O magistrado constitucional deve, ainda, disponibilizar o contraditório e a ampla defesa às partes e, ao final, justificar racionalmente a sua decisão, sendo indispensável agir com moderação no uso de práticas criativas e maximalistas, principalmente nas hipóteses de maior imprecisão normativa.

Ao introduzir o seu componente restaurativo, a Justiça Constitucional deve agir com prudência e considerar as reservas inerentes aos direitos em debate, principalmente nos casos dos direitos prestacionais, com impactos orçamentários. Nestas hipóteses, os Tribunais Constitucionais devem respeitar as competências orçamentais e, quando for legítimo atuar, podem se utilizar de ferramentas que minimizem os desdobramentos financeiros das suas decisões, modulando, por exemplo, os seus efeitos para o futuro, possibilitando as suas prévias inscrições orçamentárias.

Ao Juiz compete, ainda, observar se a norma constitucional invocada para subsidiar o complemento positivo da decisão corresponde à única solução normativa prevista pela Constituição ou se, ao contrário, verificam-se outras disposições alternativas que estejam em conformidade à ordem jurídico-constitucional e que se revelem igualmente aptas a suprir as lacunas e as omissões declaradas inconstitucionais. Não se pode ignorar que há uma liberdade de conformação do legislador e do administrador. Nesse caso, como regra geral, a Corte Constitucional precisa agir com deferência em relação aos demais poderes, para que, sob o argumento de corrigir ou integrar violações inconstitucionais, não acabe por selecionar, de forma discricionária e abusiva, escolhas que não lhe competem. O preenchimento de lacunas por meio da eleição de uma dentre múltiplas possibilidades constitucionais cabíveis recai, *a priori*, aos Poderes Legislativo e Executivo⁸⁹⁸.

como ponto de partida a Constituição e o desenvolve através de um movimento circular. Texto e contexto, norma e caso concreto se integram, de maneira intensa, por meio de um procedimento em que o intérprete oscila entre os dois, mas sempre, sem desprender-se das balizas do texto normativo constitucional.

⁸⁹⁸ Sobre a temática, ver RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., p. 511/512 e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 448/449. Para GEORGES ABOUD (*Processo Constitucional Brasileiro*, op. cit., p. 346/347), somente a partir da particularidade do caso concreto será possível verificar se o legislador, perante determinada situação, também estaria obrigado a resolver o problema mediante uma única solução. Nesse caso, as decisões manipulativas se revelam possíveis. Contudo, em caso negativo, nas oportunidades em que o legislador possui ampla liberdade de conformação e tem possibilidade de escolher uma dentre as diversas soluções possíveis, desde que idôneas, deve a Justiça Constitucional se autolimitar, para que

Parece-nos menos problemática a intervenção ativista da Justiça Constitucional quando as decisões aditivas da espécie redutora são proferidas com o intuito de eliminar uma norma inconstitucional na parte em que exclui a sua aplicação a um conjunto de indivíduos, ficando esse grupo abarcado pelo âmbito da previsão normativa remanescente. E, nos casos em que a prolação de decisão com efeito aditivo *strito sensu* ocorre com o objetivo de recompor lacuna ou omissão legislativa, fundamentada na necessidade de coibir uma norma parcialmente inconstitucional, em virtude da violação do princípio da isonomia.

Certo é que as Cortes Constitucionais não têm que se pronunciar, sempre que forem provocadas, de forma ativista, sobre todas as matérias que lhe são expostas. É preciso haver uma avaliação criteriosa e deferente, baseada em parâmetros constitucionais. Nas hipóteses em que tais balizamentos não puderem ser justificados objetivamente, a intervenção jurisdicional não se faz devida. O legislador e o administrador dispõem de ampla liberdade de conformação em relação à situação concreta e podem escolher uma entre várias alternativas que contenham aptidão, idoneidade e que se encontrem alinhadas ao ordenamento jurídico. Nessas situações, não se faz cabível que as Cortes Constitucionais, para além de declarar a violação inconstitucional, atuem de forma ativista, efetuando escolhas entre as opções possíveis.

Ora, a intervenção jurisdicional tem como função apurar se o direito constitucionalmente previsto no sistema foi ou não violado pelos Poderes Legislativo e Executivo. De onde se conclui que é defeso aos magistrados efetuar a substituição das escolhas políticas realizadas pelos representantes democraticamente eleitos pelas suas. Os desacordos jurídico-constitucionais referentes ao conteúdo dos direitos envolvem temas multidisciplinares, de índole filosófica, sociológica, ideológica e devem ser arbitrados, essencialmente, pelo Parlamento. Esse é o fórum apropriado para que debates dessa natureza sejam travados, na medida em que possibilita que os representantes de diversos segmentos sociais apresentem e sustentem os seus pensamentos plurais⁸⁹⁹.

Ao realizar a correção de leis, ao interpretar as regras e os princípios constitucionais e ao conferir sentido e alcance a direitos não claramente dispostos, com conteúdos vagos e indeterminados, sem qualquer intermediação mais precisa por parte do legislador ordinário, o Poder Judiciário precisa ter cuidado para não promover uma interpretação ampliativa e

não substitua, indevidamente, a escolha legislativa.

⁸⁹⁹ A respeito do tema, ver JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 102/103.

demasiada da Constituição, a ponto de extrapolar os parâmetros jurídico-constitucionais que constituem as suas ferramentas de trabalho. O perigo de se afastar dos critérios objetivos e imparciais é de promover, sob as vestes interpretativas, a substituição das escolhas legislativas e governamentais por conta própria, com pouca ou nenhuma deferência às capacidades legal e cognitiva do Executivo e do Legislativo e, portanto, em violação ao princípio da separação dos poderes⁹⁰⁰.

7.5.2 A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais: o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988 e as omissões estatais no campo dos deveres prestacionais

Desde a sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 ganhou nova roupagem, contemplando, entre os seus dispositivos, um extenso rol de direitos sociais e econômicos de cunho prestacional. Para além da consignação expressa de múltiplos direitos e garantias fundamentais, é importante destacar que o novo pacto social trouxe um sentimento coletivo de esperança, incentivado pelo processo de redemocratização do país. Nesse ambiente, a expectativa era de que as previsões constitucionais não fossem concebidas como um compromisso político meramente simbólico. Ao contrário. A sociedade brasileira recepcionou a Lei Fundamental como um efetivo instrumento, a serviço de todos os cidadãos. Uma verdadeira norma jurídica, sob a qual se estrutura todo o ordenamento pátrio, capaz de irradiar efeitos concretos que não apenas fixam comandos objetivos ao legislador e ao administrador, como também geram repercussões no campo dos direitos subjetivos.

No entanto, o déficit de concretização normativa da Constituição Federal de 1988 demonstrou que os rumos tomados pelo país nas últimas três décadas foram bastante diversos

⁹⁰⁰ Concordamos com as ponderações realizadas por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1309) sobre o princípio da autolimitação judicial. O doutrinador afirma que: “a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de questões constitucionais isentas de controlo. Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma recusa de justiça ou declinação de competência do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, o problema não reside em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objeto, apreciar a constitucionalidade do político. Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples jurisdição política, pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da constituição. Consequentemente, só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o TC apreciar a violação desses parâmetros”. Nessa linha de entendimento, JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 169) afirma que o que os juízes constitucionais devem fazer não é arbitrar o desacordo sobre o conteúdo abstrato do direito, mas sim trabalhar com princípios jurídico-constitucionais na condição de parâmetros para a verificação de eventuais inconstitucionalidades praticadas pelo legislador.

dos anseios da população, no final da década de 1980. Muitas gerações de brasileiros jamais usufruíram de patamares mínimos exigíveis de um Estado de Bem-Estar Social, tal como proposto pela Lei Fundamental.

Não por acaso, o debate em torno da efetivação dos direitos prestacionais tem crescido exponencialmente, inclusive e principalmente na arena jurídica. Nas ações judiciais interpostas contra o Estado, o propósito dos demandantes é fazer com que os magistrados intervenham nas omissões inconstitucionais produzidas pelo Poder Público e confirmem máxima efetividade aos direitos fundamentais de natureza prestacional, nos termos do que dispõe o artigo 5º, §1º, da Carta Magna de 1988, ainda que tais decisões produzam desdobramentos financeiros.

A Constituição Federal estabelece, no âmbito da eficácia dos direitos fundamentais, as suas aplicações imediatas. Uma leitura literal do seu artigo 5º, § 1º poderia resolver a questão. Ocorre que uma análise meramente gramatical e puramente subsuntiva do dispositivo constitucional, embora mais fácil, revela-se precipitada.

Sobre o significado e o alcance normativos do referido enunciado, a doutrina se divide. Para aqueles que adotam uma ideia maximalista, todos os direitos fundamentais são de aplicação imediata, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, podendo o Judiciário intervir, inclusive para implantar políticas públicas não regulamentadas, mas que possuam amparo constitucional⁹⁰¹.

Para os que compartilham de uma concepção mais restritiva, nem todos os direitos fundamentais são exequíveis de per si e, portanto, podem ser aplicados imediatamente pelo Poder Judiciário. Alguns direitos fundamentais são de natureza programática, seja por determinação expressa constitucional, seja em face de lacunas e/ou indeterminação do dispositivo fundamental e, por essa razão, para terem eficácia necessitam de complementação pelo legislador ordinário. As suas exequibilidades dependem de avaliações políticas, de

⁹⁰¹ Concordam com essa interpretação maximalista FLAVIA PIOVESAN, *Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, op. cit., p. 88/92 e EROS ROBERTO GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 312/324. Para o autor, o juiz constitucional não é mais a boca que pronuncia as palavras da lei. A ele recai o dever de, nas decisões que proferir, “não apenas reproduzir, mas produzir direito, evidentemente retido pelos princípios jurídicos”. Segundo a sua linha de pensamento, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988 determina a aplicabilidade imediata das normas e garantias fundamentais, as quais não possuem caráter meramente programático. Ao contrário. O doutrinador afirma que todas as normas e garantias fundamentais assumem, a partir do dispositivo mencionado, a configuração de preceitos autoexecutáveis. De modo que cabe ao Poder Judiciário conferir a efetividade jurídica que se fizer necessária para as suas reais efetividades.

oportunidade, além da disponibilidade de recursos públicos financeiros e de outros fatores materiais que viabilizem a sua efetivação. Logo, as normas programáticas não conferem direitos subjetivos aos seus possíveis beneficiários⁹⁰².

Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos: normas de eficácia plena; normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. As normas de eficácia plena seriam aquelas dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, cuja concretização no mundo dos fatos independente de prévia atuação legislativa. Já as normas de eficácia contida, são dotadas de aplicabilidade imediata e direta, mas não integral. Embora o legislador constituinte tenha regulado suficientemente os interesses relativos a determinadas matérias, deixou parcela delas disponíveis para serem disciplinadas de acordo com a discricionariedade do Legislador. Por sua vez, as normas de eficácia limitada consubstanciam-se pela sua aplicação indireta e reduzida, uma vez que o legislador constituinte não lhe conferiu normatividade suficiente para, por si, ser aplicável e gerar efeitos imediatos. Nestas hipóteses, as normas de eficácia limitada estão integralmente sujeitas ao legislador ordinário⁹⁰³.

De acordo com essa linha de entendimento, tem-se a proposta feita por Maria Helena Diniz. No que diz respeito às suas eficácias e aplicabilidades, a autora classificou as normas constitucionais em quatro grupos: as normas com eficácia absoluta; as normas com eficácia plena; as normas com eficácia restringível e as normas com eficácia relativa, dependente de complementação legislativa. A primeira corresponde às normas insuscetíveis de alteração, inclusive por meio de emendas constitucionais, tendo eficácia reforçada em relação às normas com eficácia plena. Estas, por sua vez, têm aplicabilidade imediata, plena e integral, independentemente de intervenção legislativa. As normas com eficácia restringível possuem aplicabilidade imediata e direta, mas há possibilidade de que os seus efeitos sejam restringidos, por meio do legislador ordinário. Por último, as normas com eficácia relativa dependem de complementação legislativa, ou seja, não são dotadas de normatividade suficiente para, de

⁹⁰² Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. II, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p. 392/395. Sobre o tema, ver JOSE AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, op. cit., p. 165; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 596/599 e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II*, op. cit., p. 521/524. O doutrinador português menciona que direitos como os de moradia, saúde e educação, embora tenham componentes de aplicação imediata, os quais vetam condutas ativas do Poder Público que os inviabilizem, não deixam de ser posições jurídicas ativas sustentadas em normas programáticas. Portanto, estariam sujeitas à reserva do possível, ou seja, dependem da existência de critérios legais de decisão política e de recursos financeiros.

⁹⁰³ Cf. JOSE AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, op. cit., p. 79/165.

plano, produzirem os seus efeitos jurídicos. Nessa modalidade estão abrangidas as normas programáticas, as quais apontam uma finalidade a ser alcançada⁹⁰⁴.

Para Celso António Bandeira de Mello, as normas constitucionais podem ser divididas em três espécies em relação às suas aplicabilidades e eficácias: normas concessivas de poderes jurídicos; normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida. As normas concessivas de poderes jurídicos asseguram ao seu beneficiário a fruição do bem que lhe fora assegurada, sem depender da vontade e da atuação de poderes e órgãos. As normas concessivas de direitos descrevem quem serão os seus titulares e a forma suficiente da conduta devida. Por essa razão, importam uma utilidade concreta e imediata ao administrado, que poderá usufruir dos direitos que lhe foram assegurados, após prestações estatais que já se encontram devidamente delimitadas e que, portanto, devem ser cumpridas pelos poderes constituídos. Por fim, a última espécie classificatória não contempla uma conduta específica para o atendimento do bem jurídico protegido e, assim, não assegura ao administrado um direito subjetivo que possibilite a sua sindicabilidade perante o Poder Judiciário⁹⁰⁵.

Ao analisar a aplicabilidade das normas constitucionais fundamentais, Ricardo Lobo Torres entende que algumas possuem conteúdo programático e, por esse motivo, não geram aos jurisdicionados direitos subjetivos, tampouco ao Estado o dever constitucional de oferecer comportamentos de natureza prestacional. As normas programáticas devem ser concebidas como políticas a serem alcançadas progressivamente, de acordo com as possibilidades econômicas, políticas e sociais. Somente diante das circunstâncias concretas e não em razão das suas previsões no texto constitucional, o legislador ordinário irá discipliná-las e, em seguida, alocar recursos para as suas viabilizações. Em conformidade ao seu pensamento, essa espécie de norma constitucional apenas produz eficácia após a intervenção legislativa, oportunidade em que o cidadão passa a ter direito ao que lhe foi outorgado⁹⁰⁶.

Concordamos com a posição defendida por Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁰⁷, no sentido de

⁹⁰⁴ Cf. MARIA HELENA DINIZ, *Norma constitucional e seus efeitos*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p. 97/109.

⁹⁰⁵ Cf. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, Revista de Direito Público, nº 57/58, São Paulo, 1981, p. 233/243.

⁹⁰⁶ Cf. RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 152/158.

⁹⁰⁷ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 281/288 e INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., 2017, p. 168/192 e p. 369/371.

que, nessa seara, não há uma regra do tudo ou nada. O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal não enuncia uma regra, mas sim um princípio. Todos os direitos fundamentais possuem eficácia imediata, mas, com isso, não se quer dizer que todos eles serão concretizados imediatamente, com efeitos plenos pela Justiça Constitucional. Apesar de os direitos fundamentais terem a sua aplicabilidade direta reconhecida no dispositivo constitucional supramencionado e conterem eficácia jurídica, não se pode afirmar que se trata de normas que produzem eficácias jurídicas sempre idênticas.

Alguns direitos fundamentais serão autoaplicáveis e outros serão implementados gradativamente, pelos poderes democraticamente eleitos, a depender das reservas e dos condicionamentos próprios que recaiam sobre eles. Nessa conformidade, Jorge Reis Novais pondera que o Poder Público dispõe de diferentes reservas no momento de implementar os direitos fundamentais, a depender das suas dimensões invocadas no caso concreto. Essas reservas são: a reserva geral de ponderação; a reserva do politicamente adequado e a reserva do financeiramente possível⁹⁰⁸. Enquanto a pretensão defensiva de um direito envolve uma reserva geral de ponderação, na sua dimensão promocional o Estado conta com uma margem maior de apreciação, consubstanciada, para além da reserva geral de ponderação, também pelas reservas do politicamente adequado e do financeiramente possível. Nesse sentido, imaginemos o direito fundamental à educação. Exigir que o Estado não interfira no direito dos pais colocarem os seus filhos em colégios particulares não é a mesma coisa, em termos de custos e de justiciabilidade do direito, que exigir dele a criação e a manutenção de escolas públicas.

Somente após avaliar essas reservas conjuntamente, o Estado decide quando e como determinado direito prestacional será efetivado. A judicialização dos direitos fundamentais não pode ignorar tais reservas que sobre eles recaiam. Enquanto o Judiciário possui competência funcional para constatar, em definitivo, a (in)constitucionalidade de eventuais restrições impostas pelo Poder Público no exercício regular da sua reserva geral de ponderação, o mesmo não se pode afirmar em relação a direitos que abrigam as demais reservas, tal como um direito à prestação, em que a última palavra é, em princípio, dos titulares do poder político.

Assim, todos os direitos fundamentais possuem uma densidade normativa capaz de

⁹⁰⁸ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, op. cit., p. 103/115, 132/138 e 271/281.

produzir um mínimo de efeitos jurídicos e, portanto, são dotados, sempre, de eficácia. O que varia, no entanto, é o seu grau, tornando-as mais ou menos dependentes da conformação legislativa e administrativa. Quanto mais densa a norma constitucional, menor a liberdade de conformação. De outro lado, quanto menor a densidade, maior será a sua dependência frente à intervenção legislativa e administrativa. Neste caso, ainda que não possua normatividade suficiente para, direta e imediatamente, promover integrais efeitos, esses direitos são eficazes e serão implementados de forma paulatina, pelos Poderes Legislativo e Executivo, de acordo com as reservas e os condicionamentos próprios que recaiam sobre eles⁹⁰⁹.

7.6 Os desafios em torno da intervenção jurisdicional: deveres prestacionais, discricionariedade administrativa, reserva do financeiramente possível e orçamento público

Se nem todas as normas poderão produzir seus efeitos plenamente de forma imediata, resta saber se pode o Judiciário, ao controlar as omissões estatais relacionadas aos deveres prestacionais, preencher eventuais vazios produzidos pela inércia dos poderes políticos. E, em caso afirmativo, como deve fazê-lo, sem romper com a reserva do financeiramente possível e com os regramentos orçamentários. O que se discute, por conseguinte, são os limites existentes em torno da discricionariedade orçamental e a possibilidade de intervenção jurisdicional nesses domínios, a fim de conferir efetividade aos direitos fundamentais prestacionais.

Por discricionariedade entende-se a liberdade de escolha conferida à Administração Pública para que os seus gestores possam, com base em critérios de conveniência e oportunidade, selecionar a melhor entre as alternativas legais disponíveis, sempre em prol da satisfação do interesse público. Trata-se de uma ferramenta jurídica fornecida ao gestor para que responda aos anseios sociais, de maneira legítima, célere e eficaz⁹¹⁰. Conforme Celso

⁹⁰⁹ Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1176/1187 e INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 185 e 371. Interessante apontamento é feito por Ingo Wolfgang Sarlet. Em suas palavras: “Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter sua proteção e fruição negadas pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa. Para que os direitos fundamentais possam ser efetivamente ‘trunfos contra a maioria’ também é preciso que se atente para a correção da já clássica formulação de Hebert Krüger no sentido de que é a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais e não o oposto”.

⁹¹⁰ Nessa conformidade, ver MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*

Antônio Bandeiro de Mello, “está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana⁹¹¹”.

Se de um lado existem deveres estatais estabelecidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional de forma unívoca ao gestor, em que são estabelecidas obrigações claras e específicas, que contemplam todos os elementos necessários à sua aplicação, de outro, existem deveres que não se revelam com as mesmas determinabilidades. Nessas hipóteses, as obrigações estatais padecem de certa imprecisão, proveniente da baixa densidade das suas disposições e/ou dos seus conceitos plurissignificativos. Por essas razões, não estabelecem vínculos mais imediatos e diretos entre os administrados e os gestores, assegurando a esses últimos, maior flexibilidade na tomada das decisões.

Contudo, é preciso considerar que não há fluidez e indeterminação absolutas, em todos os aspectos da vida legislativa e administrativa. Há sempre uma “zona de certeza positiva” em paralelo a uma “zona de certeza negativa⁹¹²”, as quais sofrem variações graduais, a depender da situação concreta. Ademais, as palavras possuem um conteúdo mínimo, capaz de viabilizar a comunicação humana e de firmar entendimentos. Nesse mesmo contexto, a função administrativa não se desenvolve à margem do sistema constitucional e legal, apesar da elasticidade das normas definidoras de atribuições estatais e dos conceitos plurissignificativos que nelas podem constar.

No que pertine ao orçamento, observa-se que a Constituição Federal veta, como regra geral, a vinculação de receitas provenientes de impostos⁹¹³. Mas, há situações em que o próprio Legislador Constituinte excepcionou o princípio da não afetação e vinculou receitas tributárias para a execução de créditos orçamentais, mediante diversas formatações de cunho imperativo. Na área da educação, por exemplo, a Lei Fundamental vinculou constitucionalmente a aplicação de recursos mínimos. A União aplicará nunca menos do que 18% (dezoito por cento) da sua receita com a manutenção e o desenvolvimento do ensino,

Brasileiro, 22ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 197/203; MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 141/144; EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, vol. 01, 12ª edição, Ed. Civitas, Madrid, 2004, p.461/463 e MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo*, parte general, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 91/92.

⁹¹¹ Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 777; LUIS MANOEL FONSECA PIRES, *Controle Judicial de Discricionariedade Administrativa*, op. cit. p. 155/162 e HELLY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 158/161.

⁹¹² Cf. FERNANDO SAINZ MORENO, *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionaidad Administrativa*, 4ª edição, Ed. Civitas, 1976, Madrid, p. 70/75. Com esse mesmo entendimento, JULIANA MAIA DANIEL, *Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas*, op. cit., p. 93/124.

⁹¹³ Cf. artigo 167, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

enquanto que para os estados, o Distrito Federal e os municípios, esse importe é acrescido para 25% (vinte e cinco por cento)⁹¹⁴. Em relação aos valores que devem ser alocados para o setor educacional, a liberdade orçamental do Legislador e do Executivo é diminuta, uma vez que o importe quantitativo mínimo fora prescrito pelo Legislador Originário, de forma vinculante⁹¹⁵. Situação diversa, ainda na esfera educacional, ocorre em relação aos métodos de combate à evasão escolar, cuja matéria não foi tratada diretamente pelo texto constitucional. Em relação à temática, o legislador ordinário e o administrador possuem maior liberdade para agir, escolhendo a melhor alternativa entre as possibilidades, que podem variar de programas que promovam a valorização do professor até outros que busquem incentivar e apoiar o aluno e a sua família. Fato é que as opções são múltiplas, podendo os legisladores e os gestores administrativos atuar com maior liberdade.

Assim, a discricionariedade orçamental assegurada ao gestor não é ilimitada, mas, a depender do tipo de comando contido no crédito orçamental, pode se revelar em maior ou menor grau, através de frentes diversas de intervenção⁹¹⁶. Tudo vai depender dos limites preestabelecidos pelo ordenamento ao dever estatal em exame. As divergências surgem justamente nos casos em que a discricionariedade pode ser desenvolvida com maior amplitude.

A esse respeito, Robert Alexy destaca modelos que refletem três concepções distintas que podem ser transpostas à abordagem do tema⁹¹⁷. Para os adeptos de um modelo puramente procedimental, a discricionariedade seria ilimitada, bastando que fossem respeitadas as disposições constitucionais sobre competência, procedimento e forma. O contraponto radical a esse modelo seria o puramente substancial, em que a discricionariedade seria extirpada, uma vez que a Constituição estabelece determinações e proibições para toda e qualquer

⁹¹⁴ Cf. artigo 212, caput, da Constituição Federal de 1988.

⁹¹⁵ Para que haja a escoreita fiscalização pelo Ministério Público em relação aos gastos mínimos do Poder Público nas searas de saúde e de educação, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu as Recomendações sob nº 44/2016 e 48/2016. O objetivo foi sugerir parâmetros que viabilizassem a atuação dos membros da instituição no controle das despesas públicas nestas áreas. O artigo 4º, da Recomendação sob nº 44/2016, disciplinou que os Promotores de Justiça e os Procuradores da República devem exigir motivação circunstanciada dos administradores que derem causa ao agravamento dos indicadores de gestão, de avaliação institucional e de resultados em educação no âmbito de sua atuação governamental. De igual forma, devem determinar que os gestores comprovem os gastos educacionais de acordo com os parâmetros de legalidade, legitimidade e economicidade. O objetivo é avaliar, diante das hipóteses do caso concreto, a necessidade de eventual responsabilização pela má ou ineficiente gestão dos recursos de manutenção e desenvolvimento do ensino.

⁹¹⁶ Cf. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo*, parte general, op. cit., p. 91 e JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 355/356.

⁹¹⁷ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 580/583. É necessário ressaltar que o autor analisa a questão apenas sob a ótica da relação existente entre Constituição e Poder Legislativo.

intervenção infraconstitucional. O terceiro modelo denominado de material-procedimental sustenta uma posição intermediária. Segundo o seu entendimento, competem aos poderes constituídos cumprir com as determinações constitucionais, bem como não desobedecer às proibições nela expressas. Resta-lhe, no entanto, assegurada uma liberdade para atuar naquilo que a Constituição não obriga, tampouco não veta⁹¹⁸.

Concordamos com o posicionamento material-procedimental, por melhor se adequar à realidade de países como o Brasil. De fato, não se pode ignorar que a discricionariedade administrativo-orçamental precisa existir e deve ser respeitada, uma vez que é fundamental para o regular funcionamento da máquina pública. O advento do Estado Social introduziu ao Poder Público, especialmente ao Executivo, inúmeros objetivos a serem alcançados. A necessidade de se atender a múltiplas situações, com inúmeras peculiaridades, muitas vezes impossíveis de serem previstas antecipadamente e de forma abstrata, constituem fatores que reconhecem a necessidade de se proporcionar ao Governo uma maior flexibilidade no momento de realizar as suas ações. Em paralelo, as atividades prestacionais dependem de disponibilidades financeiras e variam de acordo com a situação econômica, de modo que a mutabilidade desses elementos constitui ponto favorável à existência da discricionariedade administrativa.

Em princípio, os poderes políticos dispõem de um juízo de conveniência e oportunidade para definir as políticas que pretendem priorizar; as formas com que farão as implantações daquelas que forem selecionadas; as alocações dos recursos a serem empregados; os prazos para as suas concretizações e as escolhas dos seus beneficiários. A discricionariedade orçamental desenvolve-se em torno de escolhas alocativas que podem envolver múltiplas opções, a depender da densidade normativa conferida ao dever estatal em análise. Portanto, a liberdade de decisão recai, cumulativamente ou não, sobre: o que fazer; como fazer, quando fazer, quanto pagar e a quem beneficiar.

Não obstante, não é demasiado repetir que embora a Administração tenha

⁹¹⁸ Com esse entendimento, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, *Em torno da Reserva do Possível*, op. cit., p. 155/178 e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, op. cit., p. 83/85. Para a autora, existem três casos em que a discricionariedade pode se revelar. Ocorre quando a lei de forma expressa confere à Administração Pública a liberdade de escolher uma solução que se revele mais adequada ao interesse público; quando a lei é omissa e quando a lei estipula a competência, mas não disciplina a conduta a ser adotada. Segundo DAVID DUARTE (*A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de decisão na discricionariedade instrutória*, Ed. Almedina, Coimbra, 2006, p. 499/530), as modalidades de normas que conferem discricionariedade administrativa são: normas com enunciados com incertezas de linguagem; normas de competência sem normas de conduta; normas de conduta impositivas e proibitivas com alternativas; normas de condutas permissivas.

discrecionariedade na realização dos seus deveres prestacionais, não se trata de uma liberdade absoluta, tampouco isenta ao controle judicial. Ter liberdade de escolher o melhor caminho não quer dizer liberdade para não se fazer escolha alguma, quando presentes as condições fáticas e jurídicas para tanto⁹¹⁹, tampouco autonomia para escolher de forma evidentemente ilegítima, inidônea e ineficiente.

O Poder Público tem a liberdade de escolher um meio a ser seguido dentro das opções, porém deve fazê-lo em busca da melhor solução possível, de forma razoável e motivada, respeitando as finalidades já previstas na Lei Fundamental e nos estatutos orçamentários, bem como os princípios constitucionais que norteiam a sua conduta administrativa. A discrecionariedade tem um caráter teleológico inegável. Para além do dever de boa administração que determina que o Poder Público atue com legitimidade, economicidade, eficiência e eficácia⁹²⁰, é vedado ao gestor cometer abusos do poder administrativo, através da prática de condutas injustificadamente omissas e/ou deletérias e, até mesmo corruptas, como nas hipóteses em que há perseguição de interesses privados em prejuízo do interesse público.

O reconhecimento de uma determinada flexibilidade pertencente ao gestor não é - e nem pode ser - incompatível à ordem jurídica e ao Estado de Direito. A tomada de uma decisão estatal, o não agir administrativo, enfim todos os comportamentos que envolvem o exercício do poder em si não podem sobrepor-se aos limites legais desse mesmo poder. Ainda que algumas delas sejam discrecionárias, as ações comissivas e omissivas do Estado possuem uma vinculação de natureza material ínsita, que exige uma fundamentação constitucional. A liberdade do Poder Executivo é freada pela Constituição. É ela quem, em última análise, confere os parâmetros estruturais para que as funções estatais, inclusive as administrativas,

⁹¹⁹ Para OSVALDO CANELA JÚNIOR (“*O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas*”, In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O controle jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 231), o orçamento é o instrumento legal de intervenção do Estado na economia. A sua funcionalidade é permitir a concretização dos objetivos constitucionais no tempo, mediante programação. Nesse contexto, a ausência de receita no orçamento-programa é pressuposto de atuação no tempo e não motivo para a paralisação das atividades do Estado. Com esse mesmo entendimento, MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 150/151. O doutrinador defende que o não agir governamental de acordo com a conveniência pessoal do gestor corresponde a uma concepção equivocada da discrecionariedade administrativa.

⁹²⁰ Para MARIA JOÃO ESTORNINHO (*A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*, Editora Almedina, Coimbra, 1999, p. 171/172), o dever de boa administração estabelece que a Administração Pública, durante a gestão dos recursos disponíveis, obtenha o máximo de eficiência com o mínimo de custo. Sobre a temática, ver, também, MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *A despesa pública justa*, op. cit., p. 281/282.

sejam realizadas em um Estado Democrático de Direito⁹²¹.

Permitir que a discricionariedade prevaleça irrestritamente corresponde, *mutatis mutandis*, à emissão de um cheque assinado em branco, em que os representantes eleitos podem escolher, aleatoriamente, fazer ou não fazer qualquer coisa. E isso pode gerar situações abusivas, em que interesses pessoais prevaleçam sobre o interesse público ou que os direitos considerados fundamentais pela Assembleia Constituinte sejam substituídos por outros de menor grau de importância⁹²². No cenário brasileiro, não são isolados os casos noticiados pela imprensa que envolvem ineficiência administrativa e, até mesmo, corrupção.

Frise-se, ainda, que a implementação dos direitos promocionais, embora progressiva, deve ser buscada utilizando-se do total de recursos disponíveis, diante das condições fáticas e jurídicas existentes, em prol de suas realizações máximas. Esse, aliás, é o mandamento contido no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas⁹²³, do qual o Brasil é signatário.

Para prevenir a ocorrência de condutas desconformes ao direito e arbitrárias, bem como para observar se o agir administrativo, em suas vertentes comissiva e omissiva, encontra-se atrelado aos objetivos constitucionais, é que o controle jurisdicional se evidencia imprescindível⁹²⁴. Mas, trata-se de controle de constitucionalidade e não de avaliação de

⁹²¹ Cf. INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 34. Com esse mesmo entendimento, ver JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 734/735 e MARCOS CALDEIRA, *Actos Políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, op. cit., p. 191. Esse doutrinador ressalta que a discricionariedade, inclusive dos atos políticos, não se confunde com a permissão para o livre-arbítrio do decisor. Trata-se, em seu entendimento, de um espaço de valoração com parâmetros jurídicos conferidos pela Constituição Federal, pelos seus fundamentos e limites, sendo, portanto, passível de ser sindicada pelas Cortes Constitucionais. Para REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 332/333), o poder discricionário é monitorado pelos objetivos constitucionais. Mesmo os atos discricionários devem estar vinculados, ainda que com uma margem maior de liberdade, à ordem jurídica. Sobre o tema, DAVID DUARTE (*A norma de legalidade procedimental administrativa*, op. cit., p. 464/465) afirma que a discricionariedade somente existe sob o domínio da função administrativa que se exerce em consonância à legalidade.

⁹²² O autor EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO (“A judicialização da saúde e seus reflexos orçamentários”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1009/1044) analisa criticamente as prioridades governamentais e traz duas reportagens jornalísticas sobre o tema publicadas em jornais de circulação nacional. Segundo matéria publicada no jornal O Valor Econômico, em abril de 2009, a União gastou R\$ 48 milhões (quarenta e oito milhões de reais) com o cumprimento de decisões judiciais na área da saúde. Por sua vez, o jornal O Globo publicou que, no mês de março deste mesmo ano, o Governo Federal dispendeu R\$ 400 milhões (quatrocentos milhões de reais) com propaganda institucional.

⁹²³ Cf. art. 2º, 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas.

⁹²⁴ Nesse sentido, CLEMERSON MERLIN CLÉVE (“O Controle de constitucionalidade e a

mérito sobre as opções políticas, uma vez que análises de oportunidade e conveniência competem aos poderes eleitos.

Desse modo, para verificar a ocorrência de uma violação inconstitucional e realizar a sua atividade de controle, o Judiciário deve considerar as reservas⁹²⁵ que recaem sobre a Administração no manejo dos seus deveres e, mais precisamente, observar se eventuais limitações financeiras apontadas por ela são suficientemente relevantes para justificar os seus comportamentos.

Essa análise revela-se mais complexa no campo das omissões administrativas. Definir quando o Estado encontra-se em omissão não constitui tarefa fácil. Nos deveres de abstenção do Estado, a constatação de violação ao direito fundamental é observada mais claramente no momento em que o Poder Público age ao invés de abster-se. Nos deveres promocionais, por sua vez, o processo de identificação da violação aos direitos fundamentais é bem mais problemático. Sempre há possibilidade de se fazer mais e melhor, de modo que o Poder Público encontra-se em um permanente estado de omissão. Trata-se de uma afetação inerente aos direitos dessa natureza⁹²⁶.

E, embora existam casos em que os mandamentos constitucionais são precisos em relação aos deveres imputados ao Executivo, em geral, o Poder Originário deixou de estabelecer, de maneira específica, todos os comandos a serem seguidos pela Administração, sendo que, nessas hipóteses, o processo de avaliação da omissão⁹²⁷ resta ainda mais

efetividade dos direitos fundamentais”. In José Adércio Sampaio (Coord.), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 388) observou que o estado é uma “realidade instrumental” em prol da plena realização de seus objetivos, princípios e direitos. Para o autor, cada um dos poderes estatais possui atribuições próprias, sendo que o Legislativo legisla, o Executivo administra e o Judiciário judica, mas todos têm como finalidade o atingimento dos objetivos constitucionais. Qualquer comportamento desviante precisa ser controlado e corrigido, a fim de que não ocorra, no âmbito político, a deslegitimação dos poderes estatais e, na esfera jurídica, a inconstitucionalidade de seus atos.

⁹²⁵ Para um estudo mais aprofundado sobre as espécies de reserva que incidem sobre os deveres prestacionais do Estado, reportamo-nos à obra de JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 103/109 e 132/138 e JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, op. cit., 93/95. No entendimento do doutrinador português, a reserva do politicamente adequado ou do politicamente oportuno reconhece ao órgão político uma margem de liberdade para escolha do meio, da modalidade e do tempo que considere mais conveniente para prover determinado dever de proteção. Quando a situação concreta diz respeito ao dever de promoção do Estado, para além das avaliações mencionadas relacionadas à opção política, há ainda que se considerar a reserva do financeiramente possível.

⁹²⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, op. cit. p. 294/297. É importante frisar que, para o autor, a dificuldade de se aferir o momento em que o Estado encontra-se em omissão constitucional não é impeditiva para que se faça o seu controle de constitucionalidade. Ele pondera, apenas, que essa fiscalização seja feita sob uma ótica diversa da empregada aos direitos negativos. O que estaria sujeito ao controle de constitucionalidade, nesses casos, é um determinado nível da omissão, a partir do qual haveria ou não inconstitucionalidade. Opinião, aliás, com a qual concordamos.

⁹²⁷ O autor CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 497)

dificultado. Como exemplo, citamos, novamente, o direito à educação. A Constituição, expressamente, previu que é dever do Estado fornecer educação básica obrigatória e gratuita àqueles que tiverem entre 04 (quatro) e 17 (dezesete) anos de idade⁹²⁸. Situação diversa ocorre em relação ao direito social à alimentação⁹²⁹, disposto no texto constitucional sem a descrição exata dos meios a serem empregados pela Administração para a sua devida realização.

No entanto, dificuldades em detectar as omissões administrativas não podem impedir, de plano, as suas apreciações pelo Poder Judiciário. Para Dirley da Cunha Júnior⁹³⁰, ao avaliar as omissões inconstitucionais a Justiça deve considerar o fator tempo, para que, de forma racional e motivada, verifique se houve ou não fluência de prazo razoável para a promoção de uma medida faltante, tendo em vista a sua indispensabilidade na situação examinada e as circunstâncias de ordem fática e jurídica que as cercam.

Somente ao analisar os casos concretos é que o Juiz terá condições, com mais ou menos precisão, de verificar se a alegada inércia governamental ocorreu acima de um nível constitucionalmente tolerável e se é justificável ou não⁹³¹. As alegações do Poder Público, nesse âmbito, aliás, serão cruciais. A partir das razões expostas pelo demandante e das justificativas apresentadas pela Administração, poderá o Juiz desempenhar o seu *múnus*⁹³².

entende que há omissão inconstitucional quando se verifica a “abstenção de um órgão do Estado Colectividade em cumprir com deveres ou obrigações activas que lhe sejam imperativamente determinadas pela Constituição”.

⁹²⁸ Cf. artigo 208, inciso I da Constituição Federal de 1988.

⁹²⁹ Cf. art. 6º, caput, da Constituição Federal de 1988.

⁹³⁰ Cf. DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, 2ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 126. Nesse mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 288.

⁹³¹ Segundo LUIS RECASÉNS SICHES (*Introducción al estudio del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1970, p. 197/198), todos os juízes devem submeter-se às leis, mas tão certo quanto essa afirmativa, é também a afirmação de que nenhuma norma geral, por mais ampla que tenha sido a sua redação é suficientemente completa para sempre ser imposta ao fatos, em um processo de subsunção perfeito e acabado. A lei se expressa em termos gerais e abstratos. Os casos concretos são pontuais, com circunstâncias específicas. É inevitável que haja uma transposição, por mínima que seja da lei à sentença, o que será feito pelo magistrado, ao julgar os casos que lhe forem apresentados.

⁹³² Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se um caso interessante a respeito do tema. Trata-se da ADIN 1.698/97, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJ de 25.02.2010. Em síntese, no ano de 1997, alguns partidos políticos protocolaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão perante a Corte Constitucional, alegando que o então Presidente da República e o Ministro da Educação por ele indicado não estavam adotando as providências mínimas necessárias à erradicação do analfabetismo e à disponibilização do ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Contudo, ao decidir, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Governo adotava providências com o intuito de realizar os fins elencados pelo Legislador Constituinte na área da educação, através de programas como “Brasil Alfabetizado” e “Bolsa Família”, não havendo uma situação de omissão inconstitucional. A Min. Relatora Carmem Lúcia, inclusive, apontou ser possível avançar ainda mais no setor, mas considerou que os recursos públicos são escassos e que tal situação não pode ser desconsiderada pelo Judiciário. Por fim, sustentou que não compete ao Tribunal Constitucional

Por isso, a transparência orçamental é essencial e deve ser desenvolvida em diversas vertentes, inclusive na arena judiciária. Trata-se de um corolário direto do regime democrático, que possibilita a aferição da motivação, da publicidade e da probidade administrativa, mesmo nas hipóteses onde a discricionariedade se faz presente, em maior medida.

No campo financeiro, o ato de motivar as decisões alocativas não se restringe à menção do fundamento legal que as previu ou da simples negativa genérica de ausência de recursos para subsidiar o contingenciamento de despesas. O procedimento de justificação deve ser mais profundo. Ao apresentar as suas justificativas, o Poder Público deve motivá-las de forma congruente, exata, clara e suficiente⁹³³. Por congruentes entendem-se as razões que evidenciam a correlação lógica entre as escolhas selecionadas pela Administração Pública e os motivos e as normas por ela invocadas. As razões conterão exatidão quando, de fato, corresponderem às normas suscitadas e aos motivos oferecidos, os quais devem ser comprovadamente verdadeiros. Por sua vez, as razões necessitam de clareza e somente serão assim consideradas quando das suas avaliações for compreendido todo o processo lógico que orientou a decisão adotada pelo Governo. Ao final, para serem satisfatórias, as razões não podem ser vagas, demasiadamente genéricas a ponto de serem cabíveis em qualquer situação, independentemente das circunstâncias concretas. É defeso ao Executivo utilizar-se de justificativas extremamente abertas e indeterminadas, tais como costuma fazer ao alegar a impossibilidade financeira para o atendimento de determinada prestação, em razão da mera ausência ou insuficiência de previsão orçamental. A ele recai o dever de explicar os motivos concretos que o levaram a não orçar certa despesa ou ao fazê-lo, de forma insuficiente. Somente assim se poderá aferir se a dificuldade financeira eventualmente suscitada pelo Estado é ou não relevante.

A motivação dos gastos públicos corresponde ao conjunto de informações que precisa ser fornecido no âmbito do processo, para que a parte adversa e o julgador compreendam o seu verdadeiro contexto. Ao justificar, o Poder Público deve especificar em que ações e programas o objeto da lide está inserido; se houve ou não previsão orçamentária; quais foram os motivos que o levaram a realizá-la de forma insuficiente ou a não concretizá-la integralmente e os resultados obtidos com todas as ações e programas executados no

selecionar as políticas prioritárias para a educação e não se verificou que os programas institucionalizados não constituem meios evidentemente inidôneos para o atingimento dos objetivos constitucionais, de modo que não podem ser revistos judicialmente. Por todas essas considerações, a ADIN foi julgada improcedente.

⁹³³ Cf. FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO, *Motivação e controle do ato administrativo*, 2ª edição, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 122/124.

segmento em debate, ainda que não atendam diretamente ao pleito do demandante.

Não basta que o Poder Público justifique que em determinada área efetuou gastos públicos, indicando, em números, as despesas feitas. É inegável que sempre gastos serão efetivados. Por essa razão é imprescindível ir além. Dentro da liberdade que lhe fora conferida, o Poder Público tem que demonstrar que concretizou dispêndios de maneira legítima e econômica, comprovando os resultados obtidos e as metas, prioridades e finalidades efetivamente atendidas. Desse modo, os gastos serão mais legítimos e econômicos, quanto mais voltados aos anseios da sociedade e às finalidades constitucionais⁹³⁴.

Em linhas gerais, a partir da explicação governamental é possível avaliar o motivo que gerou a decisão positiva ou negativa da Administração. Com base nessas valiosas informações pode-se verificar se há razoabilidade na argumentação estatal; se a justificativa apresentada tem ou não respaldo na ordem jurídica e se as finalidades constitucionais estão ou não sendo atingidas, ainda que progressivamente⁹³⁵. Isso para que, ao final, seja identificado se a conduta do Poder Público revelou-se manifestamente inconstitucional, a ponto de comprometer, indevidamente, os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, a exemplo do princípio da isonomia, da proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana e da proteção ineficiente.

Diante do exposto, ainda que o Judiciário não possa desconsiderar a margem de conformação assegurada à Administração e as diferentes reservas que condicionam intrinsecamente os direitos fundamentais prestacionais, a discricionariedade e a “reserva do financeiramente possível” não constituem óbices intransponíveis⁹³⁶. Resta saber, uma vez identificada a violação, qual medida pode ser exigida do Estado. Se o juiz pode alterar as

⁹³⁴ Cf. JOSÉ DE RIBAMAR CALDAS FURTADO, *O controle de legitimidade do gasto público*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 12/11/2017.

⁹³⁵ Para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 789), não há como dissociar o motivo da finalidade. São conceitos indissociáveis, que se relacionam entre si diretamente. Com essa mesma linha de entendimento, LUIS MANOEL FONSECA PIRES, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*, op. cit., p. 196/212.

⁹³⁶ Sobre o tema, NOBERTO BOBBIO (*A Era dos Direitos*, op.cit., p. 92) diz que: “o campo dos direitos do homem – ou mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem, aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gêneros de normas são essas que ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gêneros de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral, pode ainda ser chamado corretamente de direito?”.

decisões alocativas dos representantes eleitos e se tem ele condições técnicas para analisar questões relacionadas ao orçamento público, as quais, não raras vezes, exigem uma avaliação macro da realidade econômica e conhecimentos alheios ao universo jurídico.

Pensemos no seguinte caso: os pais de uma criança surda-muda decidem matriculá-la em uma escola pública. Após consultarem todos os estabelecimentos de ensino públicos da cidade e não conseguirem uma vaga, pois nenhuma destas escolas estava preparada para receber um aluno portador dessa deficiência, os genitores decidem procurar o Poder Judiciário. Ao intervir, o Magistrado determina a matrícula da criança em um colégio privado, às expensas do Estado, até que haja uma vaga em uma escola pública compatível com as peculiaridades da criança. Em assim procedendo, o Poder Judiciário profere uma decisão aditiva, ordenando a prestação de um serviço público, não disposta inicialmente no orçamento. Ocorre que ao compelir o Estado a realizar despesas não previstas, o Judiciário produz impactos perante o erário público.

Um simples exemplo como o supramencionado, comum na realidade forense brasileira, pode servir de base para a apresentação dos principais argumentos e contra-argumentos trazidos pela doutrina a respeito do problema. Afinal, o juiz agiu bem ou agiu mal ao prolatar a decisão aditiva acima referida?

Parte da doutrina entende que essa espécie de ativismo judicial é perigosa, pois não leva em consideração a problemática em torno do custo dos direitos, da “reserva do financeiramente possível” e da flexibilidade orçamentária. A judicialização das políticas orçamentais pode conduzir à salvação ou à perdição dos direitos fundamentais de caráter prestacional. Se voltadas para a afirmação dos direitos da população mais vulnerável pode modificar o perverso cenário de exclusão social presente nas nações subdesenvolvidas. Contudo, se cooptadas pelas elites, a concretização dos direitos fundamentais será manobrada por quem tem conhecimento e acesso para perquirir perante o Poder Judiciário, em desfavor dos mais necessitados⁹³⁷.

Os principais argumentos sustentados pelos adeptos dessa linha de entendimento, contrários ao maximalismo judicial, são de que os direitos fundamentais em sua dimensão prestacional - caso da maioria dos direitos sociais - devem ser contemplados progressivamente, pois não há serviços gratuitos e os recursos são escassos para satisfazer a todas as

⁹³⁷ Cf. RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 224.

necessidades. A intervenção jurisdicional feita por intermédio das decisões aditivas, rompendo-se com os ditames orçamentais, transformaria o Poder Judiciário em ordenador de despesas públicas e, por conseguinte, em legislador positivo, sem a preocupação de se ater ao orçamento público.

Segundo as suas concepções, as decisões aditivas, principalmente quando proferidas em demandas individuais, podem gerar graves consequências, pois não costumam avaliar, sob uma perspectiva ampla, as políticas públicas contidas no planejamento orçamental do Governo, beneficiando o demandante em detrimento de toda a sociedade, o que ocasiona insegurança jurídica, ineficiência administrativa e déficit orçamentário. O problema é que os conflitos dessa natureza constituem verdadeiros desacordos policêntricos, em que uma interferência individual, dissociada do todo, pode desconsiderar o custo dos direitos, o ciclo orçamental e romper com o sistema financeiro do Estado. Por essas razões, sustentam que as políticas públicas devem ser pensadas e implantadas pelos poderes eleitos, através de intervenções gerais e abstratas, em conformidade às regras do regime democrático, inclusive e principalmente em conformidade aos ditames constitucionais orçamentais. E concluem dizendo que, quando o Judiciário intervém, além de prejudicar o fortalecimento desse regime, atua com falta de deferência às capacidades legal e cognitiva dos outros poderes e não resolve o problema propriamente, em expressa violação ao princípio da separação dos poderes⁹³⁸.

A maioria dos seus membros não dispõe de conhecimentos técnicos para tratar de matérias que extrapolam o universo jurídico. E, que quando o fazem, os juízes criam outros problemas de igual ou maior gravidade, seja contrariando a igualdade entre indivíduos que estejam em situações similares, mas que não acionaram a Justiça, seja descredibilizando-se perante a sociedade ao não conseguirem concretizar suas decisões, por não dispor dos meios

⁹³⁸ Nesse sentido, são muito comentados os precedentes proferidos pela Suprema Corte Americana, entre a década de 1950 e 1960, para a defesa dos direitos civis da população negra. Na época, a NAACP – Associação Nacional para o Progresso da População Negra ajuizou diversas ações discutindo a política de segregação racial conhecida por “Jim Crow” aplicada em lugares públicos e em ambientes escolares. Entre os anos de 1953 e 1954, a Suprema Corte presidida por Earl Warren decidiu dois casos célebres sobre o tema, denominados de Brown I e Brown II, respectivamente. Em “Brown I”, a Corte afirmou que a doutrina dos “separados, mas iguais não tinha mais lugar no campo da educação pública”. Em “Brown II”, a NAACP formulou um pedido específico para conseguir uma ordem judicial que determinasse a imediata integração racial ou que, pelo menos, estabelecesse um prazo para a sua realização. Ao decidir, a Corte limitou-se a exigir que os Estados procedessem à integração racial “à toda velocidade possível”. Essas decisões são alvos de críticas por parte da doutrina, pois segundo os seus entendimentos, não solucionaram o problema propriamente, esvaziando a importância da intervenção jurisdicional. O sistema de segregação educacional somente teria recebido mudanças significativas a partir de 1964, com a atuação conjunta do Executivo e do Legislativo, os quais estabeleceram políticas públicas imbuídas de combater tal discriminação, destinando fundos orçamentários para tais finalidades.

institucionais adequados nos casos em que a Administração as descumpre⁹³⁹.

Esse, aliás, é o posicionamento de Gustavo Amaral⁹⁴⁰. Para o autor, o direito deve buscar resguardar o alcançável, de modo que os direitos promocionais somente poderão ser efetivados na medida da existência de recursos públicos disponibilizados por meio do orçamento público. Prometer o que concretamente não se pode cumprir provoca frustração das expectativas dos cidadãos e compromete a credibilidade do texto constitucional. A avaliação sobre a existência ou não de receitas que conferem suporte à concretização de tais direitos não pode ficar a cargo do Poder Judiciário, sob pena de se fazer, apenas e tão somente, o que ele denomina de microjustiça. Para o autor, microjustiça não é justiça. A resolução de uma omissão pontual prejudica a análise da questão vista sob um horizonte mais amplo e abstrato.

Para José Reinaldo de Lima Lopes, a cláusula da “reserva do possível” possui natureza política e pode ser invocada para excluir a intervenção do Poder Judiciário, principalmente em casos que busquem atender um único beneficiário, em detrimento de tantos outros não nominados no processo⁹⁴¹. No âmbito dessa linha de pensamento, Ricardo Lobo Torres também sustenta que os direitos econômicos e sociais existem, sob a reserva do possível, mediante a soberania orçamentária do legislador e do empenho do dispêndio por parte do administrador. São os representantes políticos os responsáveis por tratar das políticas públicas e da alocação de recursos para as suas implementações. Em seu entendimento, os direitos sociais máximos devem ser obtidos por meio do exercício da cidadania e da prática

⁹³⁹ A esse respeito, o autor JOSE REINALDO DE LIMA LOPES (*Direitos Sociais. Teoria e Prática*, Ed. Método, São Paulo, 2009, p. 164/180) apresenta o interessante precedente *Wyatt v. Stickney*. Tratava-se de uma ação proposta na década de 70, do século passado, no estado do Alabama-EUA, em que um Juiz Federal determinou que o Poder Público promovesse inúmeras modificações em hospitais psiquiátricos, com o objetivo de adequá-los a padrões de higiene e segurança, sob pena de intervenção federal. Entre as medidas determinadas pelo Juiz destacavam-se o aumento do número de médicos e a realização de melhorias estruturais. O problema dessa decisão, segundo o autor, encontra-se na dificuldade de o Juiz Federal analisar a problemática de forma ampla e de conseguir implementá-la, na prática. Segundo ele, estudos técnicos posteriores demonstraram que o aumento da quantidade de médicos mostrava-se inviável, uma vez que para atender às exigências do Magistrado, o Governo do Alabama precisaria deslocar esses profissionais de outros segmentos da saúde, inclusive de áreas pobres do interior do estado. E, a reestruturação dos estabelecimentos psiquiátricos, tal como determinado pelo Juiz Federal, exigiria um aumento considerável das verbas orçamentais destinadas aos hospitais dessa natureza, sendo que o Poder Judiciário não dispõe de competência para propor emendas ao orçamento, tampouco para instituir impostos capazes de subsidiar a sua decisão.

⁹⁴⁰ Cf. GUSTAVO AMARAL, *Direito, Escassez & Escolha*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 15/40. Nesse mesmo sentido, conferir FLAVIO GALDINO, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p.159/210 e ROGERIO GESTA LEAL, *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p.105/106.

⁹⁴¹ Cf. JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, *Em torno da Reserva do Possível*, cit., p. 165.

orçamental, no curso do processo democrático eletivo⁹⁴².

Nesse diapasão, essa corrente de pensamento prega que a concretização dos direitos fundamentais prestacionais depende, em regra, de uma análise de conveniência e oportunidade desenvolvida pelos poderes eleitos democraticamente. Ao Judiciário, por sua vez, compete a adoção de uma postura restritiva de intervenção jurisdicional, mediante um controle fraco, não cabendo a ele a concretização política da Constituição. A Jurisdição Constitucional tem atribuição para, tão somente, declarar a ocorrência de uma violação inconstitucional, sem impor uma solução concreta, imediatamente exigível, a qual será formulada pelos poderes eleitos⁹⁴³. Em assim procedendo, embora se pronuncie sobre a violação, o Judiciário limita os efeitos da sua apreciação para advertir, sugerir e orientar a atuação dos demais poderes para que, no âmbito das suas atribuições democráticas, revejam as suas decisões políticas, adequando-as ao sistema constitucional.

Os defensores de uma postura mais intervencionista⁹⁴⁴ ponderam que as atuações do Judiciário são benéficas e produzem externalidades positivas que justificam os eventuais efeitos negativos. A primeira delas é no sentido de que o ativismo judicial, longe de fazer dos juízes constitucionais um grupo autoritário e indiferente às capacidades legal e cognitiva dos demais poderes, promove o reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais, principalmente em relação àqueles de cunho prestacional.

Ao intercederem, os magistrados possibilitam a correção de situações extremas, que atingem indivíduos em situação de vulnerabilidade econômica ou vítimas de indefensáveis

⁹⁴² Cf. RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 372. Ver também RICARDO LOBO TORRES, *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul./set. 1989, p. 29/49; RICARDO LOBO TORRES, “A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial” In Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 01/46 e RICARDO LOBO TORRES, “A jusfundamentalidade dos Direitos Sociais” In Gustavo Binenbojn, *Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2003, p. 01/46.

⁹⁴³ Cf. ROBERTO GARGARELLA, “*Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais*”. In Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento Neto (Coords.), *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Ed. Renovar, 2008, Rio de Janeiro, p. 219. Nesse mesmo sentido, ver JOSÉ DE MELLO ALEXANDRINO, *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: regra ou exceção?*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII, 2010 (especial), Porto, p. 147/169.

⁹⁴⁴ Cf. FLAVIA PIOVESAN, *Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, Editora Revista dos Tribunais, op. cit., p. 80/95; ANA CAROLINA OLSEN, *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*, op. cit., p. 314/321; ANDREAS J. KRELL, *Direitos Sociais e o Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, p. 50/62 e LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Reserva do Possível*, op. cit., p. 273/341.

discriminações. Cidadãos que acabam não tendo voz, tampouco acesso na democracia majoritária. Nessa conformidade, torna-se importante o papel da Justiça Constitucional para reparar as profundas desigualdades econômicas e sociais vivenciadas nos países⁹⁴⁵.

Os defensores dessa postura mais ativista alegam que nas democracias modernas existem inegáveis tensões no sistema representativo. A existência de partidos políticos com distinções ideológicas bem delineadas, capazes de ressoar, com compromisso e exatidão, os interesses plurais dos membros da comunidade que elegeram os seus integrantes corresponde a uma ideia utópica. Além de nem sempre atenderem às expectativas dos seus representados, há grandes chances, também, de que os políticos se esqueçam de olhar para o ordenamento em sua acepção global, como um conjunto de valores, princípios e regras integrado, em que todos os cidadãos e, não apenas, os seus eleitores e/ou seus afilhados políticos são merecedores de consideração e respeito.

De uma maneira geral, entendem que a percepção otimista do sistema representativo, baseado na boa-fé e na boa vontade dos poderes Legislativo e Executivo não se consolida, na prática. Por essas razões, é necessária a participação de um terceiro interveniente, capaz de reequilibrar as disfuncionalidades do sistema. Essa intervenção é feita pelo Poder Judiciário, cuja atuação não deve se limitar à declaração de inconstitucionalidade de uma violação legislativa ou governamental. Em certas ocasiões, o controle precisa ser desenvolvimento de maneira forte, com maior amplitude. Significa dizer que para além de alertar ou de sugerir a resolução do problema que ensejou a inconstitucionalidade aos demais poderes, a Justiça Constitucional deve ter a possibilidade de realizar as correções diretamente, ainda que, para cumprir tal intento as suas decisões produzam efeitos aditivos, com impactos orçamentários⁹⁴⁶. Isto porque eventuais dificuldades políticas e financeiras não podem retirar, por completo, a força normativa dos dispositivos constitucionais⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ Cf. RODOLFO ARANGO, “Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia”, In Claudio Ari Mello (Coord.), *Os Desafios dos Direitos Sociais*, Ed. Livraria do Advogado/ESMP, Porto Alegre, 2005, p. 90.

⁹⁴⁶ Sobre a temática aqui esboçada, ver ALEXANDRE DE MORAES, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, op. cit., p. 23/45. Tratando do constitucionalismo forte e do constitucionalismo débil ver JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 145/147.

⁹⁴⁷ Com essa linha de pensamento, ver LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, op. cit., p. 313/340. O autor defende a necessidade do ativismo judicial, inclusive sob o argumento de que os direitos fundamentais sociais, em suas vertentes prestacionais, não podem ser completamente escanteados pelo Poder Público, sob o fundamento da reserva do financeiramente possível, uma vez que possuem força normativa. Se não viabilizar a eficácia social desses direitos, o Estado acaba por violar o princípio da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais. Com esse mesmo entendimento,

Essas decisões aditivas têm o mérito, ainda, de chamar a atenção do Parlamento e da Administração para deficiências ainda não enfrentadas por ambos os poderes, fomentando a criação ou a reformulação dos programas de governo em consonância às necessidades da população, as quais estão refletidas no bojo das decisões judiciais. Como exemplos, são citados os reiterados acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em meados da década de 1990, que determinaram que o Estado fornecesse tratamentos aos portadores do vírus HIV, ainda não disponibilizados pela rede pública de saúde, os quais serviram de base para a edição da Lei nº 9.313/96, que regulamentou a questão. Da mesma forma, são mencionadas as decisões da Suprema Corte Americana que tratavam da segregação racial na América, consideradas como importante impulso para a criação de políticas públicas nesse setor, a partir da década de 1960.

Após o sopesamento dos argumentos e dos contra-argumentos, em nosso entendimento, a melhor solução não parece ser a de vetar a atuação da Justiça Constitucional ou de limitá-la, sempre e em qualquer hipótese, a uma mera declaração acerca da violação inconstitucional, oportunidade em se aguardaria uma solução de caráter concreto, por parte do Parlamento ou do Governo.

Sem dúvida, a intervenção jurisdicional mais fraca corresponde à solução que confere maior respeito entre os poderes e total deferência às suas capacidades legal e cognitiva. Contudo, embora ideal, tal resolução somente seria suficiente e adequada quando o Parlamento e a Administração cumprissem, em tempo hábil, com os seus deveres prestacionais. Nesses casos, os direitos fundamentais positivos estariam resguardados e atingir-se-ia um estado ótimo do regime democrático, bem como do sistema de freios e contrapesos, inerente ao Estado de Direito.

O dilema surge quando, ao invés disso, o Legislativo e o Executivo, simplesmente, descumprem a determinação judicial, persistindo com a violação por contínuos exercícios financeiros, sem que uma justificativa plausível seja apresentada. Nesses casos, a intervenção jurisdicional seria de pouca ou nenhuma valia, pois se mostraria absolutamente insuficiente à preservação dos dispositivos constitucionais de natureza essencial, produzindo efeitos nefastos perante a sociedade, capazes de comprometer a própria credibilidade do Judiciário e, pior, a força normativa do texto constitucional.

Defender a possibilidade de intervenção da Justiça Constitucional, inclusive por meio de intermediações concretas em situações excepcionais, impedindo que a cláusula da reserva do financeiramente possível e a discricionariedade sejam recepcionadas de forma absoluta, almeja, na verdade, evitar a procrastinação indefinida dos direitos fundamentais prestacionais e os seus consequentes esvaziamentos. E, dessa feita, respeitar a condição de fundamentalidade neles expressamente consagrada.

É claro que temos a convicção de que esse entendimento poderá ter como resultado a produção de decisões com efeitos aditivos. A questão é que nem toda decisão aditiva deve ser imediatamente rechaçada, assim como não se está afirmando ser admissível a utilização indiscriminada das decisões dessa natureza pela Justiça Constitucional.

A indisponibilidade de recursos ou de certos bens materiais constituem limites fáticos e jurídicos que podem comprometer significativamente a implementação de um determinado direito promocional. Mas, isso não pode ser decidido, no plano abstrato e de forma absoluta, nos termos do tudo ou nada. Ao contrário. Dependerá de uma análise concreta, seguindo parâmetros objetivos de ponderação, sem rompimento com os estatutos orçamentários vigentes na ordem constitucional, cujos parâmetros de atuação serão melhores debatidos no próximo capítulo.

Uma última questão necessita ser esclarecida e refere-se à suposta incapacidade técnica dos juízes de avaliarem questões econômico-financeiras atreladas à “reserva do possível” e aos ditames orçamentários. Em regra, políticas públicas com desdobramentos financeiros exigem avaliações técnicas profundas e desenvolvimentos continuados de programas, que não se ajustam precisamente às formatações dos processos judiciais⁹⁴⁸. Todavia, por expressa disposição constitucional, as atribuições do Poder Judiciário devem ser desenvolvidas para analisar toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão aos direitos dos indivíduos.

A amplitude da determinação constitucional faz com que os magistrados se deparem, diariamente, com assuntos que extrapolam a realidade jurídica. Ao analisar um caso relacionado à suposta prática de erro médico, diversas são as questões alheias ao direito que devem ser exploradas pelo Juiz. Esse fenômeno é constatado, da mesma forma, quando são

⁹⁴⁸ Sobre o tema, ver VICTOR ABRAMOVICH & CHRISTIAN COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 248/249 e ALCEU MAURÍCIO JUNIOR, *A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais*, Revista Diálogo Jurídico, nº 15, Salvador, jan./mar. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 12.04.2018,

propostas ações civis públicas por atos de improbidade administrativa em que se discute o superfaturamento de valores em obras de engenharia construídas pelo Poder Público ou em processos relativos à degradação ambiental.

Em todas essas situações e em tantas outras que podem ser verificadas na prática forense, observa-se que o Poder Judiciário é obrigado a decidir sobre pontos que exigem de seus membros conhecimentos múltiplos e alheios ao mundo jurídico, os quais, não ocasionalmente, envolvem montantes significativos de dinheiro. Mas, se o Judiciário possui condições de julgar casos relacionados a erros médicos, superfaturamento de obras públicas e danos ambientais, também pode fazê-lo em relação às demandas que circundam questões orçamentárias, igualmente distantes do universo jurídico. É justamente para resolver problemas desta ordem que são previstas, nos códigos processuais, regras que tratam das provas periciais e do ônus probatório⁹⁴⁹.

A respeito do ônus de comprovar a indisponibilidade jurídica para a concretização dos deveres prestacionais pleiteados, entendemos que compete ao Poder Público demandado a obrigação de informar o bom e regular emprego do dinheiro público, nos termos do artigo 93, do Decreto-Lei nº 200/1967⁹⁵⁰.

Assim, ainda que objeto de aprofundamentos posteriores, algumas conclusões já conseguem ser extraídas e sedimentadas nessa oportunidade, após os enfrentamentos até então realizados.

A primeira delas é de que a atuação jurisdicional precisa ser exercida com fundamento em normas já dispostas na ordem jurídica. Não são admitidas decisões que provoquem verdadeiros rompimentos ou revisões constitucionais, sem qualquer amparo na Lei Fundamental. E, ainda que os critérios de decisão derivem da Constituição Federal, quanto maior a abertura e a indeterminação da norma invocada, maior deve ser o esforço argumentativo do julgador em desenvolver, de forma transparente, compreensível e

⁹⁴⁹ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do STF”. In Daniel Sarmento; Ingo Wolfgang Sarlet (Coords.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 714 e LUIZ ANTÔNIO FREITAS DE ALMEIDA, “A ponderação judicial na solução de conflitos normativos entre direitos fundamentais sociais densificados em leis e regras orçamentárias” In David Duarte, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo de Tarso Brandão, *Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013, p. 121/122.

⁹⁵⁰ O artigo 93 do Decreto-Lei nº 200/1967 que disciplina a organização da Administração Pública Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa do Estado, dispõe que: “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”.

motivadamente racional o seu múnus. Ao magistrado compete, ainda, verificar se a norma constitucional apresentada para validar o complemento aditivo da decisão corresponde à única solução normativa disposta pelo texto constitucional, ou se, ao invés, verificam-se alternativas alinhadas com a ordem jurídico-constitucional e igualmente aptas a sanar as omissões declaradas inconstitucionais. Nesses casos, a Corte Constitucional precisa agir com deferência em relação aos demais poderes, para que, com a intenção de coibir violações inconstitucionais, não acabe por selecionar, de forma arbitrária, escolhas financeiras, que não lhe competem⁹⁵¹. É preciso haver uma avaliação criteriosa, baseada em parâmetros constitucionais. Quando tais parâmetros não puderem ser justificados objetivamente, a intervenção jurisdicional não se faz devida.

Com efeito, o papel dos magistrados constitucionais não é substituir, através das suas decisões, as escolhas administrativas, tampouco o de interferir, aleatoriamente, na forma, no prazo e no modo de execução das políticas públicas selecionadas⁹⁵². A sua função deve voltar-se para a avaliação das inconstitucionalidades, para o controle do demérito e não propriamente do mérito administrativo⁹⁵³. Significa afirmar que não compete ao Poder Judiciário delimitar o

⁹⁵¹ Mais recentemente, LUIS ROBERTO BARROSO (*Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 30.05.2018) defendeu que as Cortes Constitucionais precisam agir com cautela em relação às demandas de saúde. Em seu entender, a judicialização de distribuição gratuita de remédios pode provocar disfunções graves no sistema público de saúde, ocasionando escassez recursal e violações ao princípio da isonomia. O Ministro do Supremo Tribunal Federal afirma que “o sistema pode morrer de cura”, sendo essencial que os magistrados e os Tribunais não substituam indistintamente as opções legislativas de concretização do direito. Nesse sentido, CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 522/524) ressalta que é duvidoso que, sob uma perspectiva constitucional, os tribunais comuns possam proceder definições de políticas públicas alternativas às decisões tomadas pelos legisladores e pelos administradores. É preciso ter cautela para que os juízes não percam os seus estatutos constitucionais de imparcialidade e passem a atuar como verdadeiros jogadores interessados no processo, como um decisor de políticas públicas. Sobre a temática, ANA PAULA DE BARCELLOS (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, op. cit., p. 320/337) sustenta que o Poder Judiciário deve assegurar o mínimo em relação às políticas de saúde, mas não pode ir além. Em que pese seja previsto o acesso à justiça a todos os cidadãos brasileiros, isso não significa que tudo deve ser assegurado a todos. Em seu entendimento, muitas decisões judiciais nessa seara acabam por ocasionar uma distribuição de renda pouco equitativa, privilegiando aqueles que tiveram condições de recorrer à Justiça.

⁹⁵² O doutrinador JOSÉ DE MELLO ALEXANDRINO (*Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: regra ou exceção?*, op. cit., p. 159) ressalta que é essencial individualizar o ciclo das políticas públicas em três etapas: definição, implementação e controle, uma vez que tal diferenciação é importante para se delimitar o âmbito da intervenção jurisdicional, a qual somente se faz cabível na etapa de controle e não de formulação e de execução.

⁹⁵³ Cf. CRISTIANA FORTINI, *Controle jurisdicional dos contratos administrativos: controle de legitimidade do gasto público pelo Poder Judiciário*, op. cit., p. 47/48. Nesse mesmo sentido, JULIANA MAIA DANIEL, *Discrecionalidade administrativa em matéria de políticas públicas*, op. cit., p. 107/108 e JUAREZ FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 370/376. Sobre o tema, JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 168) destaca que a: “função dos juízes constitucionais, e uma vez que importa apurar da eventual inconstitucionalidade da ação/omissão estadual, será apenas a de determinar as

que é oportuno e conveniente, mas sim avaliar eventuais situações que configurem excessos ou omissões arbitrárias, intoleráveis diante do arcabouço constitucional, ainda que provenientes das análises discricionárias da Administração Pública.

Com isso, não dizemos que a última palavra nesses desacordos constitucionais será, sempre, proferida pela Justiça Constitucional. O que afirmamos é que a discricionariedade, assim como a reserva do financeiramente possível não podem ser interpretadas em termos absolutos, a ponto de impedir toda e qualquer atuação judicial e, em *ultima ratio*, a efetividade dos direitos fundamentais. O orçamento não pode ser levianamente utilizado, de acordo com as conveniências das autoridades públicas, como um subterfúgio arbil capaz de validar o descumprimento injustificado dos direitos fundamentais.

As exigências constitucionais em torno do sistema orçamental não podem ser empregadas pela Administração como entraves para blindar toda espécie de omissão estatal, muitas vezes resultado de planejamentos insatisfatórios; de ineficiências administrativas; de malversação de recursos, entre outras práticas condenáveis e tão comuns ao universo administrativo pátrio. Para evitar que simulações ilícitas e, portanto, abusivas, sejam praticadas pelo Estado sob o cinzento manto da discricionariedade orçamentária, a ponto de criar um contexto não realista de indisponibilidade jurídica, é que a Justiça Constitucional não pode ser sumariamente repelida. E, apesar da notória complexidade em torno dessas questões, deve dispor o Poder Judiciário de mecanismos suficientes para que possa desempenhar o seu *múnus*.

O desafio é definir, com base em parâmetros jurídico-dogmáticos, quando e como o Poder Judiciário pode agir nas demandas que lhe são apresentadas e que tocam diretamente nos domínios orçamentários do Estado. O próximo capítulo tem justamente o propósito de aclarar esse problema, através da sistematização de alguns critérios que podem contribuir para a uniformização da atuação jurisdicional.

fronteiras de surgimento de soluções inconstitucionais dentro daquele espectro amplíssimo de possibilidades e de opção política: qual o limiar mínimo de proteção que deve ser realizado para que o Estado não incorra em inconstitucionalidade por violação das obrigações que sobre ele impedem na proteção da vida humana”.

CAPÍTULO 8

A INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NO CAMPO DOS DEVERES PRESTACIONAIS E OS SEUS IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS: QUANDO E COMO A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DEVE AGIR?

8.1 Apontamentos gerais

A Constituição Federal é uma verdadeira norma jurídica e goza de superioridade hierárquica, sob a qual se estrutura todo o ordenamento pátrio. Logo, as disposições constitucionais são dotadas de normatividade, ocupando os direitos fundamentais uma posição diferenciada, de destaque, no sistema jurídico-constitucional.

A consagração constitucional dos direitos fundamentais impõe a cada um dos poderes constituídos deveres. Para proteger e promover os direitos fundamentais, o Estado deve dispor de consideráveis recursos financeiros. E é justamente por meio das peças orçamentais que o erário é direcionado para o cumprimento das obrigações estatais condensadas no planejamento governamental.

O orçamento pode ser concebido metaforicamente como um espelho de amplas dimensões, capaz de refletir a atividade financeira desenvolvida pelo Estado, o seu planejamento administrativo, as políticas públicas priorizadas e o volume dos dispêndios públicos. Ao avaliar o orçamento é possível – ou deveria ser - antever o conjunto de ações e omissões programadas pelo Poder Público, bem como os direitos fundamentais e as necessidades sociais que serão mais ou menos atendidos⁹⁵⁴.

Para subsidiar o sistema orçamental, o Estado necessita angariar recursos, cuja principal fonte de custeio provém da arrecadação tributária que o Poder Público extrai das pessoas físicas e jurídicas. O que legitima a arrecadação tributária é justamente a destinação

⁹⁵⁴ Para MARIA DAS GRAÇAS RUAS (“*Análise de políticas públicas: conceitos básicos*”, In Maria das Graças Ruas e Maria Izabel Valladão de Carvalho (Orgs.), *O estudo da política*, Ed. Paralelo 15, Brasília, 1998, p. 231/260) as políticas públicas e o orçamento constituem instrumentos de ações do Governo que devem ser avaliados de forma atrelada. Por seus intermédios, a autora entende que há uma substituição dos “governos por leis” pelos “governos por políticas”. Nessa linha de pensamento, FABIO KONDER COMPARATO, *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, op. cit., p 18/20.

que será dada aos recursos públicos⁹⁵⁵.

Verifica-se, então, que a condução orçamentária do Estado exige posicionamento e compromisso por parte das autoridades públicas envolvidas no processo. Posicionamento para que escolhas sejam claramente efetuadas e divulgadas, estabelecendo-se prioridades não raras vezes trágicas, diante de uma gama praticamente infindável de necessidades sociais. E compromisso para que as escolhas feitas sejam, de fato, implementadas, com a máxima responsabilidade. Sem transparência e responsabilidade a gestão financeira não produz consistência e credibilidade.

No entanto, o manuseio do orçamento no Brasil tem se caracterizado por idiossincrasias que revelam o distanciamento da peça orçamental das metas e prioridades constitucionais. Senão vejamos:

O Índice de Desenvolvimento Humano - IDH aferido no país é preocupante. Ocupou-se, em 2015, a 75ª (septuagésima quinta) posição, entre os 188 (cento e oitenta e oito) países avaliados⁹⁵⁶. Com esse resultado é impossível não perguntar o motivo de o Brasil se encontrar em colocação mais desfavorável que nações que enfrentaram guerras civis, a exemplo do Líbano ou países com graves instabilidades políticas e econômicas, como a Venezuela. Na área de educação os dados são igualmente alarmantes. Segundo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, em pesquisa efetuada no ano de 2017 existem, no Brasil, aproximadamente 13 (treze) milhões de analfabetos, sendo que há três anos esses números encontram-se estagnados, sem melhoramentos significativos⁹⁵⁷. Na saúde, as insatisfações decorrentes das distorções sistêmicas não são diferentes. Consoante estimativa do Conselho Federal de Medicina – CFM há uma fila de espera de 904 (novecentos e quatro) mil pessoas para atendimento de cirurgias eletivas no Sistema Único de Saúde - SUS. O número de pessoas aguardando atendimento na rede

⁹⁵⁵ O Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT apresentou pesquisa realizada no ano de 2017 e revelou que o Brasil é o país que proporciona o pior retorno em serviços públicos à sociedade, entre as trinta nações mundiais com as maiores cargas tributárias do mundo. Disponível em: <<http://ibpt.com.br/Brasil-e-o-pais-que-proporciona-pior-retorno-em-servicos-publicos-a-sociedade>>. Acesso em: 18.01.2018.

⁹⁵⁶ Em 2015, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD apresentou uma pesquisa realizada no ano de 2014 para formular um ranking entre 188 (cento e oitenta e oito) nações a respeito dos seus respectivos Índices de Desenvolvimento Humano – IDH, utilizando-se de indicadores nas áreas de saúde, educação e renda. Os cinco países com maiores índices de desenvolvimento humano foram Noruega, Austrália, Suíça, Dinamarca e Países Baixos. O Brasil ocupou o 75º (septuagésimo quinto) lugar, logo atrás do Irã, Venezuela, Turquia, Sri Lanka e México. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>>. Acesso em: 08.02.2018.

⁹⁵⁷ Disponível em: <<http://www.unesco.org>>. Acesso em: 01.06.2018.

pública de saúde é tamanho que a demora pode atingir até 12 (doze) anos⁹⁵⁸. Isso sem mencionar a crise no sistema penitenciário, que culminou com rebeliões e mortes em diversos estados da federação, entre os anos de 2016 e 2017, mas que persiste até os dias atuais⁹⁵⁹.

A falta de efetividade das políticas públicas voltadas para os direitos fundamentais elencados na Constituição é marcante. Merece destaque o fato de consideráveis recursos públicos arrecadados serem destinados para finalidades que não refletem as prioridades constitucionais e, em alguns casos, para a efetivação de gastos, cuja legitimidade e probidade são questionáveis. Os exemplos são os mais variados, de dispêndios vultosos comparativamente superiores aos montantes gastos em outros países que, como o Brasil, sediaram eventos esportivos⁹⁶⁰ a ajudas financeiras promovidas a nações, por meio de

⁹⁵⁸ Segundo reportagem divulgada em 04 de dezembro de 2017, no Jornal O Estado de São Paulo, o Brasil tem 904 (novecentos e quatro) mil pessoas na fila do Sistema Único de Saúde, em busca de cirurgias eletivas, de acordo com o levantamento realizado pelo Conselho Federal de Medicina – CFM. A pesquisa baseou-se nos dados públicos divulgados pelas Secretarias de Saúde Estaduais e disponibilizados pela Lei de Acesso à Informação. Dentre os procedimentos com o maior quantitativo de demandas, destacam-se cirurgias de catarata, correção de hérnias, retiradas de vesículas, varizes e adenoides. A espera pode chegar a 12 (doze) anos. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,pais-tem-904-mil-na-fila-por-cirurgia-eletiva-no-sus-persera-chega-a-12-anos>>. Acesso em: 01.06.2018.

⁹⁵⁹ Em nota divulgada, a Pastoral Carcerária apresentou reflexões que evidenciam, com exatidão, a crise vivenciada no sistema penitenciário brasileiro. Em razão da clareza de seu conteúdo, o reproduzimos parcialmente: “A história tristemente se repete. No dia 1º de janeiro de 2018, mais uma vez o Brasil ficou perplexo diante da barbárie ocorrida no sistema carcerário. Uma rebelião no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia resultou na morte de nove presos e quatorze feridos, de acordo com a Superintendência Executiva de Administração Penitenciária (Seap). Dois agentes penitenciários da cidade de Anápolis foram assassinados um dia após a rebelião. A situação ainda é de tensão: na noite desta quinta-feira (4), houve mais um princípio de rebelião no complexo. Segundo relatos dos familiares divulgado no site ‘O popular ‘a polícia entrou (no presídio) atirando em todos (os presos)’. Ainda não se sabe se há mortos ou feridos. É impossível ver o que está acontecendo em Goiás e não se recordar do início de 2017, quando uma série de massacres que chocaram a sociedade ocorreu em penitenciárias de Manaus, Roraima e Rio Grande do Norte, resultado em 134 pessoas assassinadas dentro dos presídios nas duas primeiras semanas do ano. Importante se lembrar da rebelião na Penitenciária Odenir Guimarães, também em Goiás, no dia 23 de fevereiro de 2017, que resultou na morte de pelo menos cinco detentos e no ferimento de outros trinta e cinco. O que ocorre no início de 2018 não é mera coincidência. As medidas adotadas pelo poder público para ‘resolver a crise’ do sistema carcerário após os massacres do ano passado foram no sentido de aumentar a repressão e o encarceramento, com propostas como a construção de novas unidades prisionais. Em nota escrita após os massacres de 2017, a Pastoral Carcerária Nacional já avaliava que essas medidas não iriam resolver nada; pelo contrário, iriam aprofundar a violência nas prisões. ‘Na atual conjuntura não podemos cair na falácia das análises simplistas e das medidas que pretendem apenas aplacar o terreno até o próximo ciclo de massacres’. As rebeliões ocorridas no dia 1º de 2018 mostram que o sistema carcerário não está em crise. Ele cumpre as suas funções perfeitamente: torturar e matar a população que está atrás das grades, em sua maioria pobre e negra. Violações de direitos, superlotação, condições sub-humanas, tortura e mortes fazem parte do cotidiano do sistema carcerário brasileiro. Apenas quando o fato é chocante o suficiente, os olhos da população e da imprensa se voltam, horrorizados, para o que se passa atrás dos muros do cárcere (...)”. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/historia-se-repete-nota-da-pastoral-carceraria-sobre-rebeliao-e-mortes-em-goias>>. Acesso em: 15.06.2018.

⁹⁶⁰ Conforme ANA PAULA OLIVEIRA ÁVILA (Reflexões sobre o Controle Judicial do Gasto Público no Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira/reflexoes-sobre-o-controle-judicial-do-gasto-publico>>. Acesso em: 31.05.2018), o Portal da Transparência informou que a União realizaria investimentos, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, para a reforma de 09 (nove) estádios de futebol, para a Copa do Mundo sediada no país, em 2014. A quantia

empréstimos desprovidos das garantias usuais em negócios dessa natureza⁹⁶¹.

O mau emprego dos recursos públicos e a falta de credibilidade dos representantes eleitos produzem consequências, inclusive no campo jurídico e político. Nesse sentido, a Justiça Constitucional deixa de ter um papel passivo na comunidade. Os magistrados têm sido convocados pelos cidadãos para julgarem desacordos constitucionais que envolvem, primordialmente, omissões do Poder Público. O Poder Judiciário nunca esteve tão perto dos domínios orçamentais e na rota de colisão com os demais poderes políticos⁹⁶².

Se por um lado, o Poder Judiciário nacional ainda vê com certas restrições o exame do mérito das leis orçamentárias, cuja avaliação jurisprudencial será feita mais adiante, o mesmo não pode ser dito em relação às reiteradas decisões judiciais que determinam o cumprimento de deveres estatais prestacionais e, por conseguinte, promovem a realocação dos recursos públicos. Não deixa de ser um inegável paradoxo...

Com efeito, na ânsia de promover a justiça social, o Judiciário brasileiro tem proferido inúmeras sentenças manipulativas com efeitos aditivos em ações coletivas e individuais⁹⁶³. O problema é que ao determinar o cumprimento de deveres estatais

estimada para os dispêndios públicos girava em torno de R\$ 5 bilhões (cinco bilhões de reais). Contudo, o planejamento governamental não refletiu a realidade. Os custos com as obras totalizaram a importância de R\$ 30 bilhões (trinta bilhões de reais), ou seja, seis vezes mais, um custo superior às três últimas edições somadas do evento, ocorridas em outros países. O estádio do Maracanã, no estado do Rio de Janeiro, cujas edificações foram orçadas inicialmente em R\$ 600 milhões (seiscentos milhões de reais), ultrapassou a quantia de R\$ 1,3 bilhão (um bilhão e trezentos milhões de reais).

⁹⁶¹ Segundo o Tribunal de Contas da União – TCU, foram analisadas 140 (cento e quarenta) operações de créditos realizados pelo Governo, entre o período de 2005 a 2014, para diversos países da América Latina e África. Desse montante, 09 (nove) operações aprovadas e não contratadas foram canceladas. Das 140 (cento e quarenta) operações restantes, o quantitativo de créditos concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para essas nações totaliza R\$ 50,54 bilhões (cinquenta bilhões e quinhentos e quarenta milhões de reais). De acordo com a análise do Tribunal, quase todas as operações contemplam como garantias e/ou mitigadores de risco o Seguro de Crédito à Exportação, cuja responsabilidade é do Ministério da Fazenda. Da forma como os empréstimos foram feitos, se as nações estrangeiras não pagarem as dívidas, quem arca com o prejuízo é o Estado brasileiro. Interessante notar que empreiteiras brasileiras foram as responsáveis pelas obras realizadas nos outros países com os recursos emprestados pelo Brasil. O Tribunal de Contas da União-TCU observou, ainda, que ao fechar os empréstimos com países como a Venezuela e Moçambique, o FGE classificou os riscos das operações como baixos, quando na verdade eram de alta intensidade. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/tcu-avalia-operacoes-do-bndes-na-america-latina-e-africa.htm>>. Acesso em: 02.02.2019.

⁹⁶² Consoante pesquisa intitulada “Justiça em números” realizada pela socióloga MARIA TEREZA SADEK (*Justiça em números*). Disponível em: <<http://cnj.jus.br>>. Acesso em: 24.03.2017) e disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, dos anos de 2004 a 2008, constatou-se um aumento significativo de casos novos impetrados perante a Justiça Federal, a Justiça do Trabalho e a Justiça Estadual. No período referido, a investigação revelou que o acréscimo de novos feitos foi de 16,3% (dezesseis vírgula três por cento) na Justiça Federal e de 35,4% (trinta e cinco vírgula quatro por cento) na Justiça do Trabalho. Na Justiça Estadual o incremento foi o maior e atingiu 112,4% (cento e doze vírgula quatro por cento). O trabalho apresentou algumas disfunções. Comprovou que apesar de recepcionar o maior número de casos, a Justiça Estadual é a que dispõe de menor número de juízes e de estrutura física e humana condizente.

⁹⁶³ Segundo o Jornal Valor Econômico, no estado do Rio Grande do Sul, os valores envolvendo

prestacionais com impactos financeiros imediatos, o Poder Judiciário interfere, ainda que indiretamente, no gerenciamento governamental e corre o sério risco de substituir a discricionariedade administrativa pela sua própria discricionariedade. Mas não somente isso. A intervenção jurisdicional ativista pode vir a contrariar o sistema orçamentário vigente que proíbe a assunção de dispêndios e o começo de programas e projetos que não estejam devidamente contemplados na lei orçamentária. Em contraponto, embora a legalidade orçamental inadmita gastos públicos não dispostos no orçamento e a definição quanto à destinação do erário público recaia aos poderes eleitos, tais objeções não podem impedir ou limitar exacerbadamente a atuação jurisdicional. O Poder Judiciário não pode ser impedido de cumprir o seu papel de guardião da Lei Fundamental, imposto pelo Legislador Constituinte⁹⁶⁴.

Nesse sistema de freios e contrapesos estabelecido pela Constituição, é natural que a intervenção judicial provoque conflitos com os demais poderes estatais. Os limites para a atuação da Justiça Constitucional não constituem uma unanimidade. Até os próprios órgãos jurisdicionais divergem entre si, ora sustentando uma atuação mais intervencionista, ora defendendo uma intervenção mais deferente às capacidades legal e cognitiva dos demais poderes. Para a obtenção do equilíbrio entre esses dois mundos inerentemente relacionados - o político e o jurídico - é que se faz necessária a definição de critérios os mais objetivos possíveis, capazes de nortear a atuação jurisdicional nos domínios orçamentais.

O objetivo desse último capítulo é analisar justamente a intervenção da Justiça

determinações judiciais para o fornecimento de medicamentos e serviços de saúde passaram de R\$ 5 milhões (cinco milhões de reais) em 2005 para R\$ 13 milhões (treze milhões de reais), em 2006, comprometendo 25% (vinte e cinco por cento) do orçamento total da Secretaria Estadual de Saúde *apud* FERNANDO FACURY SCAFF, *Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível*, op. cit. p.148. Interessante dado foi trazido por RODOLFO ARANGO (Direitos fundamentais Sociais, justiça constitucional e democracia, op. cit., p. 89) ao analisar a realidade colombiana. Segundo o autor, das 1.200 (um mil e duzentas) decisões proferidas na Corte Constitucional da Colômbia, em um período de um ano, 60% (sessenta por cento) referem-se ao reconhecimento de direitos fundamentais sociais e 80% (oitenta por cento) delas são julgadas procedentes. Ao comentar a intervenção ativista do Judiciário brasileiro, CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 511/512) afirma que, em resumo, o sistema de controle concreto da inconstitucionalidade por omissão ultrapassou a rigidez e os limites do controle abstrato, mediante uma jurisprudência ativista da Corte Constitucional e dos tribunais comuns. Trata-se de uma interpretação audaciosa da Carta Constitucional, em que se implantou um modelo exclusivo que configura o Poder Judiciário como um poder normador e prestador de benefícios sociais. Uma atuação de cunho supletivo em relação aos poderes Legislativo e Executivo.

⁹⁶⁴ Segundo HUMBERTO ÁVILA (*Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abril/junho de 2004, p.380/383), o controle judicial poderá ser de maior ou de menor intensidade, mas sempre existirá. Em seu entendimento, a solução de que o Poder Judiciário não pode controlar outro poder é simplista demais e deve ser refutada. O princípio democrático somente será concretizado se o Parlamento efetuar escolhas que conduzam à realização dos direitos fundamentais e dos objetivos estatais. Quanto mais os direitos fundamentais forem limitados e mais importantes forem para o sistema constitucional, mais devem ser controlados, inclusive pelo Poder Judiciário.

Constitucional em questões que perpassam pelos deveres estatais prestacionais e pelo orçamento público, tanto no que diz respeito ao controle de constitucionalidade abstrato, como no controle de constitucionalidade desenvolvido de maneira difusa. Ou, então, como mais comumente ocorre, nas ações coletivas e individuais em que decisões são proferidas com desdobramentos financeiro-orçamentários. Para isso, serão tecidas breves notas a respeito de cada uma das formas de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, acrescida de uma avaliação crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema. Tudo para que, ao final, se definam alguns critérios que possam parametrizar quando e como pode o Poder Judiciário agir, nas demandas relacionadas às omissões inconstitucionais e à temática orçamental. O intuito é estabelecer, sob um viés dogmático-jurídico, como a Justiça Constitucional pode contribuir nessa seara, sem ultrapassar indevidamente as fronteiras inerentes ao regular funcionamento do regime democrático.

8.2 O controle de constitucionalidade no sistema brasileiro

A Carta Constitucional no sistema pátrio não constitui um conjunto de simples orientações e recomendações, cujo cumprimento submete-se à livre discricionariedade executiva e legislativa. Dentro dessa ótica, o controle de constitucionalidade é concebido como uma importante garantia à preservação do sistema constitucional, capaz de salvaguardar a hegemonia da Carta Constitucional Federal e de conferir imperatividade às normas contidas em seu bojo, cujos deveres de respeito, proteção e promoção necessitam ser considerados, protegidos e realizados ao máximo pelos Poderes da República, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

No contexto nacional, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade desenvolvido pela Justiça Constitucional corresponde a um instrumento jurídico de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição Federal como um todo. Ao avaliar e julgar os desacordos constitucionais e dispor de meios para impor-se efetivamente, a Justiça Constitucional busca promover a coerência e a integridade à ordem jurídica. E, dessa forma, contribuir significativamente para que a Constituição não seja concebida como uma espécie de documento eminentemente simbólico, com direitos e deveres tratados como meras promessas utópicas, sem sustentação efetiva na convivência cotidiana.

Se por um lado o controle judicial das violações constitucionais promove a unidade

sistêmica, de outro, adentra em mares revoltos, permeado por territórios políticos, dando azo a inúmeros conflitos no campo da separação dos poderes.

Atualmente, no Brasil, os desacordos político-constitucionais são submetidos ao Poder Judiciário e, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal com cada vez mais frequência. Contudo, a previsão do controle de constitucionalidade pela Justiça Constitucional não se trata de um fenômeno recente, ao contrário do ativismo judicial. Como se verá a seguir, ainda que resumidamente, uma vez que a análise aprofundada do tema extrapola o objeto da presente investigação, o controle de constitucionalidade encontra-se presente, há mais de um século, no ordenamento jurídico brasileiro.

8.2.1 O controle de constitucionalidade na história do Brasil

A Constituição Federal de 1824 não contemplou modelos de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Sob a influência do ordenamento francês, a Constituição do Império outorgou à Assembleia Geral o papel de guardião do texto constitucional⁹⁶⁵, bem como a atribuição para criar, interpretar, suspender e revogar as leis promulgadas em solo nacional⁹⁶⁶.

O controle de constitucionalidade somente foi instituído na ordem jurídica brasileira, pela primeira vez, na Constituição Provisória de 22 de junho de 1890⁹⁶⁷.

No ano seguinte, o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário foi previsto expressamente no bojo da Constituição Federal de 1891⁹⁶⁸. Nessa oportunidade, a

⁹⁶⁵ Cf. artigo 15, inciso IX da Constituição Federal de 1824. O dispositivo estabelecia que: “Art. 15 – É da atribuição da Assembleia Geral: (...) IX – Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”.

⁹⁶⁶ Cf. artigo 15, inciso VIII da Constituição Federal de 1824. O artigo possuía a seguinte prescrição: “Art. 15 – É da atribuição da Assembleia Geral: (...) VIII – Fazer leis, interpretai-as, suspendei-as, e revogai-as”.

⁹⁶⁷ Cf. artigos 58 e 59, a) do referido diploma legal. O artigo 58, da Constituição Provisória de 1890 previa que: “Das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou atos de governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis impugnados”. O artigo 59, a) disciplina que: “Compete aos juizes ou tribunais federais decidir: a) as causas em que alguma das partes estribar a ação ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

⁹⁶⁸ O artigo 59, inciso II da Constituição Federal de 1891 determinava competir ao Supremo Tribunal Federal: “julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juizes ou Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, §1º e o art. 60”. O artigo 60, de outro giro, determinou aos juizes ou Tribunais Federais os processamentos e os julgamentos das: “as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal, b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo”.

fiscalização de constitucionalidade foi introduzida na sua forma incidental e difusa, nos moldes do sistema estadunidense, com produção de efeitos *inter partes*.

Por sua vez, em 1894, a Lei nº 221⁹⁶⁹ que regulamentou a organização judiciária da Justiça Federal, disciplinou novamente a matéria, concedendo expressamente aos juízes e aos tribunais a possibilidade de, ao avaliar a validade das leis e regulamentos, deixar de aplicar as leis e os regulamentos considerados manifestamente inconstitucionais, em face da Constituição Federal.

Na Constituição Federal de 1934 manteve-se a previsão em relação ao controle de constitucionalidade, desenvolvido de maneira incidental e difusa, pelo Poder Judiciário. Foi prevista a competência da Corte Constitucional para, através da interposição de recurso extraordinário, julgar os feitos apreciados pelos demais juízes e tribunais nas hipóteses em que leis e regulamentos contrariassem a Carta Constitucional⁹⁷⁰. Porém, vetou-se, de forma explícita, a judicialização de questões políticas⁹⁷¹.

Em caráter inédito, restou estabelecido que a inconstitucionalidade de leis e atos somente seria declarada pelos tribunais por decisão da maioria absoluta dos seus membros⁹⁷². Para além da regra de reserva de plenário, a Constituição Federal de 1934 inovou também ao estabelecer ao Senado Federal o poder de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, declarado inconstitucional pela Justiça Constitucional⁹⁷³, para fins de conceder à *decisum* efeitos *erga omnes*.

⁹⁶⁹ Cf. art. 13, §10 que estabelecia que: “os juízes e os tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

⁹⁷⁰ O artigo 76, 2, inciso III gizava que à Corte Suprema (designação conferida pela Constituição Federal de 1934 ao Supremo Tribunal Federal) competia: “2- julgar: (...) III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado, b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal Federal (...)”.

⁹⁷¹ Cf. artigo 68, da Constituição Federal de 1934. O artigo referido disciplinava que: “Art. 68 - é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

⁹⁷² Cf. artigo 179 da Constituição Federal de 1934. O dispositivo previa que: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”.

⁹⁷³ Cf. artigo 91, inciso IV e 96, caput, ambos da Constituição Federal de 1934, com as seguintes redações: “Art. 91 – Compete ao Senado Federal: (...) IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (...)” e “Art. 96 – Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva de que tenha emanado a lei ou o ato”.

A quarta Constituição do país, instituída em um contexto histórico caracterizado pelo autoritarismo, sofreu as consequências decorrentes do retrocesso democrático vivenciado no novo regime, o chamado “Estado Novo”. Efeitos esses que também se estenderam ao controle de constitucionalidade que fora previsto na Carta Magna, em sua forma incidental e difusa⁹⁷⁴.

Segundo o texto constitucional, nas hipóteses necessárias ao bem-estar da população e à promoção ou à defesa do interesse nacional, a declaração de inconstitucionalidade poderia ser submetida pelo Presidente da República ao Legislativo para ser reavaliada. No Parlamento, os legisladores analisariam a matéria e, mediante 2/3 (dois terços) dos votos de cada uma das Casas Legislativas, poderiam tornar sem efeito a decisão proferida pelo Poder Judiciário⁹⁷⁵. Incluía-se, portanto, uma espécie atípica de revisão constitucional de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

Em meados da década de quarenta do século passado o regime ditatorial perdeu força até que, em 1946, um novo texto constitucional foi editado, no país. Reflexo do restabelecimento democrático no Brasil, os dispositivos constitucionais afetos ao tema se ampliam e influências dos sistemas de controle constitucionalidade europeu começam a ser percebidas. No bojo da Carta Constitucional de 1946 houve o surgimento de uma representação direta de inconstitucionalidade denominada de ação declaratória de inconstitucionalidade para a intervenção. Trata-se de uma postulação oferecida pelo Procurador-Geral da República diretamente ao Supremo Tribunal Federal, com o propósito de provocar a intervenção federal em estados da federação, frente a situações de violações dos princípios constitucionais considerados sensíveis⁹⁷⁶.

A primeira manifestação de controle abstrato de constitucionalidade, no país, deu-se

⁹⁷⁴ O art. 96, da Constituição Federal de 1937 dispunha que: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República”.

⁹⁷⁵ Cf. artigo 96, parágrafo único, da Constituição Federal de 1937, nos seguintes termos: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento, se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão judicial”.

⁹⁷⁶ Cf. artigo 7º, inciso VII e 8º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1946, com a seguinte redação: “Art. 7º O Governo Federal não intervirá nos Estados, salvo para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa, b) independência e harmonia dos Poderes, c) temporariedade das funções eletivas, limitadas a duração destas à das funções federais correspondentes, d) proibição da reeleição dos Governadores e Prefeitos, para o período imediato, e) autonomia municipal, f) prestação de contas da Administração, g) garantias do Poder Judiciário” e “Art. 8º, parágrafo único – No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal e, se este a declarar, será decretada a intervenção”.

por intermédio da Emenda Constitucional nº 16/1965, também chamada de Reforma do Judiciário. Nessa assentada, previu-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, promovida exclusivamente pelo Procurador-Geral da República⁹⁷⁷. Dessa forma, foi admitida ao sistema nacional uma lide constitucional abstrata, desenvolvida por intermédio de um processo objetivo, sem envolver o interesse concreto de partes. As inconstitucionalidades de leis e atos deixavam de apenas compor uma questão prejudicial em litígios concretos para tornar-se a questão principal de um processo.

Esse importante instrumento processual sofreu severos questionamentos. Não é despidendo destacar que, nesse período, vivia-se, novamente, o início de uma ditadura militar no país. E o Ministério Público desempenhava a dúbia função de exercer as atividades ministeriais, cumulativamente com a defesa e a representação judicial da União, o que não deixava de ser paradoxal. Para complementar o cenário constitucional vivenciado à época, o cargo de Procurador-Geral da República era de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República. Assim, ao recepcionar requerimentos para o ajuizamento de representação de inconstitucionalidade, o Procurador-Geral da República dispunha de uma ampla discricionariedade para avaliar a verossimilhança da demanda ora apresentada. Esta margem de liberdade fazia com que nem sempre a sociedade civil e as demais autoridades públicas pudessem acessar, por meio do controle abstrato de constitucionalidade, a Justiça Constitucional. Havia uma crise de representatividade instalada nesse período, reflexa de um cenário político caracterizado por instabilidades democráticas decorrentes da consolidação de um regime de exceção.

Ainda assim, não se pode deixar de destacar que nas Constituições Federais de 1967⁹⁷⁸ e de 1969⁹⁷⁹ o controle de constitucionalidade restou previsto formalmente, em suas modalidades difusa e abstrata, sendo a última reservada à iniciativa do Procurador-Geral da República, nos termos do quanto instituído na Reforma do Judiciário de 1965. De igual forma, nessas Cartas Constitucionais, manteve-se a ação declaratória de inconstitucionalidade para a

⁹⁷⁷ O artigo 101, k), inciso I da EC 16/1965 previa ser da competência do Supremo Tribunal Federal “processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

⁹⁷⁸ Cf. artigo 114, inciso I, I) da Constituição Federal de 1967. Em seus termos: “Art. 114 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originalmente: (...) I) a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (...)”.

⁹⁷⁹ Cf. artigo 119, inciso I, I) da Constituição Federal de 1969. Em seus termos: “Art. 119 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originalmente: (...) I) a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (...)”.

intervenção instituída primeiramente em 1946, mas ampliou-se o seu objeto de interposição para além dos princípios constitucionais sensíveis, estendendo-o para a promoção da execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária⁹⁸⁰. A Constituição de 1969, inclusive, disciplinou, expressamente, a possibilidade de regulação, nas Constituições Estaduais, a respeito da ação declaratória de inconstitucionalidade para a intervenção dos municípios, em iguais hipóteses⁹⁸¹.

Nessa conjuntura, o controle de constitucionalidade abstrato continha uma peculiaridade em relação aos efeitos das decisões judiciais produzidas pelo Supremo Tribunal Federal. A Corte Constitucional dependia do Senado Federal para que esta Casa Parlamentar determinasse a suspensão da execução da lei, declarada inconstitucional. Isso porque o posicionamento predominante era de que a sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal não era dotada de eficácia *erga omnes*, restando dependente de uma posição do Senado Federal sobre a suspensão ou não da execução da lei⁹⁸².

Tal entendimento somente foi alterado pelo Supremo Tribunal Federal, através do Acórdão proferido no âmbito da Representação de Inconstitucionalidade nº 933, no ano de 1975⁹⁸³. A partir desse paradigmático julgado, a Corte admitiu, por maioria dos seus

⁹⁸⁰ Cf. artigo 10, incisos VI e VII e 11, §2º da Constituição Federal de 1967 que dispunham que: “Art. 10 – A União não intervirá nos Estados, salvo para: (...) VI – prover à execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária, VII – assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa, b) temporariedade dos mandatos eletivos, limitada a duração destes à dos mandatos federais correspondentes, c) proibição da reeleição dos Governadores e Prefeitos, para o período imediato, d) independência e harmonia dos Poderes, e) garantias do Poder Judiciário, f) autonomia municipal, g) prestação de contas da Administração” e “Art. 11 – Compete ao Presidente da República decretar a intervenção – (...) §2º - Nos casos dos itens VI e VII do art. 10, o decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia”. Nesse mesmo sentido, tem-se o artigo 10, incisos VI e VII, da Constituição Federal de 1969.

⁹⁸¹ Cf. artigo 15, §3º, d) da Constituição Federal de 1969. O dispositivo continha a seguinte redação: “Art. 15 - A autonomia municipal será assegurada: (...) §3º - A intervenção dos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando: d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento de normalidade”.

⁹⁸² Sobre a temática ver INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 952/956, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 244/245 e GUSTAVO BINENBOJM, *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*, op. cit., p. 126/129.

⁹⁸³ Tratava-se de Representação de Inconstitucionalidade deflagrada pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade de disposições da Resolução nº 01/1975 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, as quais comprometiam, segundo os magistrados responsáveis pelo oferecimento da representação ao Chefe do Ministério Público, as suas prerrogativas. Nessa oportunidade, a discussão travada pelos Ministros da Corte Constitucional tratou da competência do Senado Federal para suspender a execução da Resolução, bem como a possibilidade de

integrantes, que a eficácia da decisão proferida nas ações decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade produzia efeitos gerais e que a comunicação ao Senado Federal, nessas hipóteses, era desnecessária.

Apesar dos avanços gerados com o precedente RP 933/STF, o cenário ditatorial decorrente do regime de exceção, vigente naquele momento no país, aprofundou-se e atingiu, mais uma vez, a ordem jurídica constitucional. No ano de 1977, instituiu-se a Emenda Constitucional nº 07, cujas medidas eram intituladas de “pacote de abril”. Nessa oportunidade, introduziu-se à Constituição o instituto avocatório⁹⁸⁴, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal poderia avocar, por solicitação do Procurador-Geral da República, as causas que tratassem de temas considerados como perigosos e com potencial para provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas. O propósito do instituto avocatório era suspender os efeitos das decisões proferidas pelos juízes e pelos Tribunais e trazer para a Corte Suprema o conhecimento integral da lide. A Emenda Constitucional nº 07/1977 também explicitou a possibilidade de concessão de liminar na ação direta de inconstitucionalidade⁹⁸⁵.

Assim, percebe-se que o controle de constitucionalidade foi recepcionado, desde cedo, pelo sistema constitucional brasileiro. Inicialmente influenciado pela concepção americana e, posteriormente, também pelo pensamento europeu, o Brasil incorporou, concomitantemente, os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, cujas conformações e interpretações foram diretamente influenciadas pelo contexto histórico-político vivenciado, no país, ao longo dos anos. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, vem coroar o processo de redemocratização, vivido no Brasil, na década de oitenta do século

concessão de medida liminar no bojo da ação de representação de inconstitucionalidade para suspender os efeitos das normas em exame. Ao final, a maioria dos Ministros decidiu por julgar procedente a Representação e declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados da Resolução nº 01/1975 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, independentemente de posicionamento do Senado Federal. Interessante notar, contudo, o entendimento vigente à época sobre o papel do Senado Federal em relação às leis e atos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, expressado no voto vencido do Min. Xavier Albuquerque, que afirmou que: “A suspensão da execução de lei declarada inconstitucional é, pela Constituição, prerrogativa do Senado. A meu ver, portanto, o Supremo não pode antecipar prestação jurisdicional que não lhe compete em definitivo”. Para um maior aprofundamento, ver o inteiro teor do Acórdão proferido na Representação de Inconstitucionalidade nº 933, pelo Supremo Tribunal Federal, em 05.06.1975, tendo como Ministro Relator Thompson Flores. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14619493>>. Acesso em: 01.06.2018.

⁹⁸⁴ Cf. artigo 119, inciso I, o) da Emenda Constitucional nº 07/1977. O dispositivo continha a seguinte redação: “Art. 119 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originalmente: (...) o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

⁹⁸⁵ Cf. artigo 119, inciso I, p) da Emenda Constitucional nº 07/1977. O dispositivo foi redigido nos seguintes termos: “Art. 119 – Compete a Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originalmente: (...) p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República”.

passado. Não por acaso, em seu bojo, previu-se expressamente o controle de constitucionalidade, novamente em suas modalidades concentrada e difusa, mas com maior abrangência e desdobramentos. É o que se verá a seguir.

8.2.2 O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

O processo de redemocratização e a promulgação de uma nova Carta Constitucional, em 1988, impactaram o desenvolvimento da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, no país.

Dentro desse espírito, a Constituição Federal de 1988 apresentou importantes inovações, principalmente em relação ao controle abstrato de constitucionalidade. A análise da temática se revela importante para uma melhor compreensão dos parâmetros normativos que subsidiam a intervenção jurisdicional e os seus limites.

Entre as alterações decorrentes da Constituição Federal de 1988 tem-se a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Se antes cabia apenas ao Procurador-Geral da República a sua interposição, com o advento do novo Pacto Social as autoridades e as entidades responsáveis pela sua proposição alargaram-se consideravelmente. Passaram a ser legitimados: I – o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembleia Legislativa; V – o Governador do Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional; IX – as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional⁹⁸⁶.

Percebe-se que, após a Constituição de 1988, o monopólio do Procurador-Geral da República em relação à modalidade abstrata de controle deixou de existir. Ao aumentar o rol de legitimados para o oferecimento da ação direta de inconstitucionalidade, o Legislador Constituinte optou por enfatizar o controle abstrato de constitucionalidade dentro do sistema, a fim de que diversas controvérsias constitucionais fossem analisadas diretamente pelo

⁹⁸⁶ Cf. artigo 103 da Constituição Federal de 1988. É importante destacar que enquanto o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Partido Político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil possuem legitimação ativa universal, é necessária a demonstração da pertinência temática em relação ao Governador do Estado, a Mesa da Assembleia Legislativa e às Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional. Sobre o tema, ver ADIN nº 1.096-4, do Supremo Tribunal Federal, Min. Relator Celso de Mello, DJ de 22.09.1995.

Supremo Tribunal Federal⁹⁸⁷.

Em paralelo, a Constituição Federal de 1988 instituiu, com ineditismo, mecanismos de controle relacionados às violações dos Poderes Públicos, decorrentes das suas omissões, que ocorrem quando o Estado deixa de cumprir, total ou parcialmente, deveres que se encontram previstos expressamente na Constituição Federal ou dela provêm, ainda que indiretamente⁹⁸⁸. Por meio dessas ferramentas processuais, o constituinte buscou sanar o que se convencionou chamar de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”⁹⁸⁹.

⁹⁸⁷ A este respeito, GILMAR FERREIRA MENDES (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudo de Direito Constitucional*, 3ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 207/216) afirma que o Legislador Constituinte não provocou uma alteração profunda no modelo incidental ou difuso de constitucionalidade. No entanto, em relação ao controle abstrato, a Assembleia Constituinte o reforçou consideravelmente. A ampla legitimação do controle abstrato operou uma mudança substancial no controle de constitucionalidade brasileiro. Em seu entendimento, o constituinte optou que as questões constitucionais relevantes fossem tratadas no âmbito concentrado, pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Para MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (*Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 246/247), o intento do Legislador Constituinte foi reforçar o controle concentrado de constitucionalidade, transformando o Supremo Tribunal Federal em uma espécie de terceira Câmara do Legislativo, com uma função jurídica, mas também de índole política. Ambos os doutrinadores, no entanto, entendem que ao reforçar o controle abstrato, acabou-se por restringir o controle difuso de constitucionalidade. E isso principalmente em razão da eficácia *erga omnes* contida no primeiro. Ao decidir em sede de controle abstrato, a mais alta Corte do país interfere, diretamente, no conteúdo das decisões dos demais magistrados e Tribunais, os quais ficam adstritos a respeitar os seus veredictos.

⁹⁸⁸ Interessante debate foi travado no Supremo Tribunal Federal em relação ao tema no âmbito da ADIN nº 1.442. Nessa oportunidade, a Corte Constitucional brasileira deparou-se com um caso em que se discutia a omissão do Estado em relação à insuficiência do salário mínimo. Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso IV, é direito dos trabalhadores urbanos e rurais o recebimento de um salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, com reajustes periódicos que lhe preserve o poder aquisitivo e que lhe possibilite atender às suas necessidades vitais básicas, bem como as da sua família. Entre essas necessidades, o texto constitucional explicita os direitos à moradia, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à higiene, ao vestuário, ao transporte e à previdência social. Com base nesse dispositivo constitucional, a Configuração Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG formulou ação direta de inconstitucionalidade, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial legislativa, uma vez que o valor do salário mínimo fixado em lei não era suficiente para o atendimento das necessidades estabelecidas na Constituição. No entendimento da Confederação requerente, o Estado encontrava-se parcialmente inadimplente, uma vez que não atendeu, a contento, o programa social assumido pela Assembleia Constituinte, nos moldes do quanto determinado pela Lei Fundamental. Ao decidir, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela insuficiência do valor do salário mínimo, enunciando uma situação de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público. Contudo, apesar de se posicionar expressamente pela inconstitucionalidade por omissão do Estado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, no momento do julgamento, a presente ação encontrava-se prejudicada, uma vez que houve a revogação superveniente do ato estatal impugnado, o que causou a perda ulterior do objeto da própria ação direta. Para um aprofundamento do tema, ver ADIN nº 1.442/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.11.2004.

⁹⁸⁹ Cf. PEDRO LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*, 14ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 306. Nesse mesmo sentido, ARICÊ MOACYR AMARAL SANTOS, *Mandado de Injunção*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 31. Para este autor, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção visam coibir, cada um a sua maneira, a inércia da norma constitucional, decorrente da omissão normativa dos poderes constituídos. A respeito das omissões inconstitucionais, JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1033) aduz que: “Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão

Para coibir as omissões estatais violadoras do texto maior, o Legislador Constituinte criou, no âmbito do controle abstrato, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁹⁹⁰. Já no campo do controle concreto, as omissões também receberam tratamento específico. Instituiu-se, no ordenamento jurídico constitucional, por exemplo, o mandado de injunção com o objetivo de proteger direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando a omissão estiver obstaculizando a sua tutela, em face da falta de norma reguladora⁹⁹¹.

Destaca-se que existem diferenças marcantes⁹⁹² entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, apesar de ambos os instrumentos processuais tratarem das omissões estatais⁹⁹³.

A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão possui procedimento semelhante à ação declaratória de inconstitucionalidade, tendo o mesmo rol de legitimados. A competência para processá-la e julgá-la é exclusiva do Supremo Tribunal Federal ou dos

inconstitucional”.

⁹⁹⁰ Cf. artigo 103, §2º da Constituição Federal de 1988.

⁹⁹¹ Cf. artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988.

⁹⁹² Para DIRLEY DA CUNHA JUNIOR (*Distinções entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção*). Disponível em: <<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil>>. Acesso em: 02.07.2018), o mandado de injunção é uma ação de natureza subjetiva concebida como ferramenta de fiscalização concreta ou incidental de constitucionalidade da omissão, direcionado à tutela de direitos subjetivos. Por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação de natureza objetiva, voltada ao controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão. Significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia de direitos, tanto que está previsto no art. 5º, LXXI; enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional para assegurar a Constituição, posto que se encontra no art. 103, §2º. Em concordância com esse posicionamento, ver GUSTAVO BINENBOJM, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 143. Sobre o tema, ver, ainda, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 450/456; JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA, *O processo do Mandado de Injunção*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 49/88; THOMÁS LUIZ RAIMUNDO BRITO, *Mandado de injunção. A decisão, os seus efeitos e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no combate à omissão legislativa*, Nuria Fabris Ed., Porto Alegre, 2015, p. 23/50; ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, 28ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2012, p. 178/190; FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, op. cit., p. 78/80; PEDRO LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*, op. cit., p. 306/309; MARCELO NOVELINO, *Direito Constitucional*, 4ª edição, Ed. Método, São Paulo, 2010, p. 300/301 e 740/742 e INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 994/999.

⁹⁹³ Sobre a temática, merece destaque outro instituto processual, qual seja a ação civil pública, disciplinada na ordem jurídica brasileira, antes do advento da Carta Constitucional vigente, no bojo da Lei nº 7.347/985, cujo exercício encontra-se relacionado, também, às omissões inconstitucionais. A ação civil pública busca tutelar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e coibir danos cometidos pelo Estado, por meio de ações e omissões, ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens de valor artístico, histórico, cultural, paisagístico e turístico, entre outros interesses de natureza coletiva. Trata-se de ação que tem como objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento, pelo Estado, de obrigação de fazer ou não fazer. Mas, diferentemente do mandado de injunção, a ação civil pública almeja combater as omissões administrativas, ou seja, a inação do Poder Público ante uma norma já vigente. A ação civil pública, ao lado do mandado de segurança, tem promovido, no Brasil, uma significativa atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à implementação de deveres de cunho promocional do Estado.

Tribunais de Justiça estaduais, nas hipóteses de omissões contestadas junto às Constituições Estaduais. A declaração de inconstitucionalidade tem efeito *erga omnes*. Possui natureza abstrata e objetiva, onde inexistem partes definidas. O seu objetivo é assegurar a força normativa da Constituição, de modo que, para o seu cabimento, não basta que a omissão seja uma mera inação do Poder Público. É necessário que o Estado deixe de atender, total ou parcialmente, determinações de cunho constitucional. A sua regulamentação deu-se através da Lei nº 9.868/1999 e da Lei nº 12.063/2009.

Por sua vez, o mandado de injunção é um remédio constitucional que almeja assegurar o cumprimento de um direito fundamental individual ou coletivo e incide sobre um direito subjetivo supostamente comprometido, diante da falta de uma norma reguladora, que impossibilita o gozo de um direito de uma liberdade ou de uma prerrogativa afeta à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁹⁹⁴. O seu objetivo não é uma mera declaração de inconstitucionalidade, mas sim garantir o exercício efetivo, no caso concreto, dos direitos violados. A competência para processá-lo e julgá-lo é compartilhada entre vários órgãos judiciários. Não há rol específico de legitimados para a propositura do mandado de injunção. Qualquer pessoa física ou jurídica⁹⁹⁵ pode propô-lo. Em regra, os efeitos da decisão proferida em seu bojo produzem eficácia *inter partes* ou *ultra partes*, no caso de mandado de injunção de natureza coletiva. Para caracterizar uma omissão passível de judicialização por meio do mandado de injunção é necessário que o exercício de um direito, devidamente resguardado

⁹⁹⁴ Para ALEXANDRE DE MORAES (*Direito Constitucional*, op. cit., p. 180), não é cabível a interposição de mandado de injunção para pretensões de alteração de lei ou de ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição Federal ou para fazer valer uma determinada interpretação para a aplicação da legislação infraconstitucional. Em sentido contrário, DIRLEY DA CUNHA JUNIOR (*Controle judicial das omissões do Poder Público. Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 513/515) defende a propositura do mandado de injunção quando, ao interpretar a norma, o entendimento for de que se trata de dispositivo eivado de inconstitucionalidade. Para o doutrinador, nessas hipóteses, a suposta inconstitucionalidade equivale-se à falta da norma, devendo o impetrante ajuizar o mandado de injunção e suscitar a inconstitucionalidade da norma, de forma incidental. Ao tratar da temática, JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA (*O processo do Mandado de Injunção*, op. cit., p. 80/81) advoga que o mandado de injunção somente é cabível nos casos de leis e de atos normativos que dependam de legislação ulterior, ou seja, que não sejam exequíveis por si mesmas. Para exigir o cumprimento de norma constitucional autoaplicável, o demandante pode valer-se de outros remédios constitucionais, como o mandado de segurança. Contudo, o doutrinador faz uma ressalva em relação às normas programáticas. Em seu entender, nessas hipóteses, a eficácia positiva depende não somente da regulamentação normativa, como também de providências administrativas e materiais. Por esse motivo, sustenta que o mandado de injunção não tem o alcance para concretizar os fins previstos nos princípios e programas dispostos nessa espécie de normas constitucionais. Ao final, conclui que para o cabimento do mandado de injunção não é suficiente que a norma suscitada seja inexecutável por si mesma. É essencial que essa norma atribua ao postulante um direito subjetivo, claramente definido, cujo exercício esteja obstaculizado exclusivamente em razão da falta de regulamentação.

⁹⁹⁵ Cf. Mandado de Injunção nº 725, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 21.09.2007, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Em sua decisão, o Ministro destacou, ainda, o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de direitos fundamentais.

pela Lei Fundamental, seja concretamente obstaculizado. O escopo do mandado de injunção é coibir a lacuna normativa, mas não a inércia do Poder Público em face de norma já existente. O enfrentamento da omissão meramente administrativa deve ser feito por meio de mecanismos constitucionais próprios⁹⁹⁶. Consequentemente, o objeto do mandado de injunção é mais restrito, comparado ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁹⁹⁷. A sua regulamentação legal ocorreu por intermédio da Lei nº 13.300/2016, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter entendido, à unanimidade, que se tratava de um instituto autoaplicável, independentemente de lei que o regulamentasse⁹⁹⁸.

Interessante notar que no dispositivo constitucional que preconiza o mandado de injunção não há previsão expressa sobre quais seriam as consequências aplicáveis pelo Judiciário nas hipóteses de serem reconhecidas as omissões normativas. A questão é que a ausência de uma definição constitucional sobre o tema tem gerado incertezas na ordem jurídica, a ponto de o próprio posicionamento do Supremo Tribunal Federal oscilar em relação à matéria, ao longo dos anos⁹⁹⁹.

⁹⁹⁶ Nessa linha de pensamento, THOMÁS LUZ RAIMUNDO BRITO, *Mandado de Injunção*, op. cit., p. 45; JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA, *O processo do Mandado de Injunção*, op. cit., p. 81 e MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, 20ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 516.

⁹⁹⁷ Ao tratar da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1290) entendem que o seu objeto pode decorrer da falta ou insuficiência da norma, mas também da falta ou insuficiência da prestação fático-administrativa que se faça necessária para a proteção de um direito fundamental.

⁹⁹⁸ Cf. Mandado de Injunção nº 107, Min. Rel. Moreira Alves, DJ de 21.09.1990, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹⁹⁹ A respeito da evolução do pensamento do Supremo Tribunal sobre o tema, destaca-se o posicionamento do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Néri da Silveira, no ano de 1995, o qual resumiu os entendimentos iniciais da Corte Constitucional, nos seguintes termos: “Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via de mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação de parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece que concilia a prerrogativa do Poder Legislativo fazer a lei, como órgão competente para fazer a norma, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade do Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei (...)”. Pronunciamento do Min. Néri da Silveira, Ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, de 16.03.1995, publicada no DJ de 04.04.1995.

Inicialmente, a Corte Constitucional adotou uma posição de *self restraint*. Ao decidir, pela omissão inconstitucional, em sede de mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal limitava-se a declarar a mora estatal para a edição da norma regulamentadora.

Com o passar do tempo, o seu entendimento foi substancialmente alterado. A virada jurisprudencial ocorreu no ano de 2007, através dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo; pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará. Em resumo, os sindicatos almejavam assegurar o direito de greve para os seus filiados, uma vez que existia uma omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria. Em decisão que alterou a sua posição tradicional de não concretismo, a Corte Constitucional não apenas reconheceu a mora do Parlamento, como também decidiu que, enquanto não fosse editada a lei prevista pela Constituição, todos os servidores públicos civis valer-se-iam dos regramentos existentes na iniciativa privada, disciplinados na Lei nº 7.783/1989¹⁰⁰⁰. Em assim procedendo, a partir desses casos paradigmáticos, o Supremo Tribunal Federal conferiu eficácia concretizadora ao mandado de injunção.

No mesmo ano, mas no bojo do Mandado de Injunção nº 721, a mais alta Corte do país manifestou-se expressamente sobre a natureza do instituto, deixando claro se tratar de ação de natureza mandamental e não declaratória de omissão¹⁰⁰¹.

Com isso, sem adentrar no mérito a respeito do acerto das decisões referidas, eis que não se trata do objeto da presente investigação¹⁰⁰², constata-se que o Supremo Tribunal

¹⁰⁰⁰ Nesses julgamentos de relatoria do Min. Gilmar Mendes, o Ministro Celso de Mello destacou que o novo posicionamento adotado pela Corte: “não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/crms/vernoticiadetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 02.07.2018.

¹⁰⁰¹ O Mandado de Injunção sob nº 721, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 30.07.2007, do Supremo Tribunal Federal, tinha como objetivo sanar omissão legislativa, em face da inexistência de lei viabilizadora de aposentadoria em atividade desempenhada em condições especiais de risco e insalubridade, nos termos do artigo 40, §4º, inciso III, da Constituição Federal. Nessa oportunidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que, diante da mora legislativa, aplicava-se ao caso concreto o sistema definido pelo Regime Geral de Previdência Social, disposto em seu artigo 57, da Lei nº 8.213/91.

¹⁰⁰² Segundo INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 997), para suprir a omissão inconstitucional, o magistrado deve, em primeiro lugar, avaliar se há, de fato, o dever de tutela normativo a direito fundamental. Em seguida, observar se esse dever de tutela não foi atendido de outra forma, que não a pleiteada pelo demandante. Por fim, somente nas hipóteses em que haja dever de tutela normativa e de restar claro que o legislador não se desincumbiu legitimamente de nenhuma outra maneira, é que poderá o juiz fixar a providência necessária para o caso concreto, capaz de proteger o direito fundamental violado. No entanto, mesmo nesse caso, a intervenção

Federal definiu que a função do mandado de injunção é assegurar, no caso concreto, o exercício efetivo dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais que vierem a ser comprometidos em razão da omissão do Poder Público, em face da falta de uma norma reguladora de uma previsão constitucional¹⁰⁰³. A interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção encontrou, em certa medida, amparo na Lei nº 13.300/2016, que regulamentou o instituto¹⁰⁰⁴.

O entendimento concretista que persiste até a atualidade na Corte Constitucional brasileira em relação ao mandado de injunção, o diferencia, de forma substancial, do posicionamento do Tribunal Constitucional referente à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, de cunho meramente declaratório. Neste caso, a partir da

judicial deve ser desenvolvida de modo a provocar a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado. Para GEORGES ABOUD (*Processo Constitucional brasileiro*, op. cit., p. 178/179), a atividade positiva do Supremo Tribunal Federal em relação às omissões normativas deve ser exercida “em restritíssimas circunstâncias”, sendo admissível no julgamento do mandado de injunção. Já em relação à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, o doutrinador entende que, mesmo após o julgamento procedente do seu mérito, não deve o Supremo Tribunal Federal legislar, ainda nas hipóteses em que haja a persistência da omissão. Nesse caso, o autor sustenta ser cabível a cogitação acerca da responsabilização do Estado em razão da persistente e inconstitucional omissão normativa. Ao tratar do dever de indenização pelo Estado nas hipóteses de configuração da mora estatal, THOMÁS LUZ RAIMUNDO BRITO (*Mandado de injunção*, op. cit., p. 98) defende que o seu cabimento somente se faz possível após a demonstração do concreto prejuízo ao demandante.

¹⁰⁰³ A doutrina costuma classificar as posições referentes aos efeitos do mandado de injunção, da seguinte forma: a) posição não concretista: os direitos constitucionalmente assegurados por intermédio do mandado de injunção não poderiam ser diretamente implementados através de decisões judiciais. Em sendo declarada a omissão normativa, o Poder Judiciário deveria comunicar a sua existência ao órgão competente para regulamentá-la; b) posição concretista: os direitos constitucionalmente assegurados por intermédio do mandado de injunção poderiam ser concretizados pelo Poder Judiciário, através de uma decisão constitutiva, em que se declara a omissão normativa e se aplica o direito, a liberdade ou a prerrogativa constitucional, até que haja a regulamentação do poder competente, conferindo-lhe eficácia temporal até pronunciamento do Parlamento ou do Executivo. A posição concretista é subdividida em duas posições. São elas: b.1) posição concretista geral: em que a decisão do Poder Judiciário teria eficácia *erga omnes*, até que a omissão fosse saneada pelo poder competente; b.2) posição concretista individual: em que a decisão do Poder Judiciário teria efeito *inter partes* ou *ultra partes*, ou seja, somente produziria efeitos para o(s) autor(es) do mandado de injunção. Por fim, a posição concretista individual subdivide-se em duas: b.2.1) posição concretista individual direta: por meio da qual o Poder Judiciário implementa o direito, liberdade ou prerrogativa ao autor da demanda, de forma imediata, no momento em que julga procedente o mandado de injunção; b.2.2) posição concretista individual intermediária: corresponde a posição sustentada pelo então Ministro Néri da Silveira, em que após julgar procedente o mandado de injunção, o Poder Judiciário deve fixar um prazo para o poder competente disciplinar a omissão normativa. E, somente no caso de permanência da inércia após o decurso desse prazo, é que poderia o Poder Judiciário implementar o direito, a liberdade ou a prerrogativa ao impetrante. Sobre a temática, ver ALEXANDRE DE MORAES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 184/191; THOMÁS LUZ RAIMUNDO BRITO, *Mandado de injunção*, op. cit., p. 81/98; JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA, *O processo do mandado de injunção*, op. cit., p. 127/153; CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO, *Mandado de Injunção*, Ed. Atlas, São Paulo, 2000, p. 99/122 e INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1261/1263.

¹⁰⁰⁴ Cf. artigo 8º, da Lei nº 13.300/2016. O diploma legal estabelece que, reconhecido o estado de mora legislativa, a injunção será deferida para: I – determinar prazo razoável para que o impetrado edite a norma regulamentadora; II – estabelecer a forma em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover a ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo estipulado.

constatação da violação, a Corte, não supre diretamente a omissão. Ao invés, científica o Poder Competente para que sejam adotadas as providências necessárias. E, em se tratando de órgão administrativo, concede o prazo de 30 (trinta) dias para que as medidas sejam efetivamente promovidas pela Administração.

Para além dos novos instrumentos introduzidos pela Constituição Federal de 1988 sobre o controle das omissões inconstitucionais, o sistema brasileiro criou outro mecanismo, no campo do controle abstrato de constitucionalidade, com o objetivo de coibir as violações inconstitucionais.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 03/1993 instituiu-se a ação declaratória de constitucionalidade¹⁰⁰⁵, trazendo, para o complexo sistema brasileiro de jurisdição constitucional, um instituto que tem por objetivo avaliar e declarar a constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo. Ao julgá-la procedente, o Supremo Tribunal Federal reafirma a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, conferindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à sua decisão. Por intermédio da procedência da ação declaratória de constitucionalidade, a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos que é, em tese, *juris tantum*, torna-se absoluta, vinculando a ação dos órgãos jurisdicionais e do Poder Executivo.

Em relação à pertinência da ação declaratória de constitucionalidade¹⁰⁰⁶ na ordem jurídica nacional, a doutrina se divide. Aos críticos do instituto, a ação declaratória de constitucionalidade constitui um mecanismo processual desnecessário, diante da existência da

¹⁰⁰⁵ Cf. artigo 102, inciso I, a) da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁰⁶ É preciso registrar que a Emenda Constitucional nº 03/1993 que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade, através da ADIN nº 913, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 05.05.1995, perante o Supremo Tribunal Federal. Em breve resumo, a Associação dos Magistrados Brasileiros suscitou a inconstitucionalidade da referida emenda, sob o argumento de que os efeitos vinculantes da decisão da ação declaratória de constitucionalidade impediriam o debate sobre a constitucionalidade das normas infraconstitucionais perante os demais magistrados e tribunais, do país. Ademais, alegou-se que o poder conferido à Corte Constitucional violava o princípio da separação dos poderes; o acesso ao Poder Judiciário; os princípios do contraditório e da ampla defesa. Contudo, ao julgá-la, os Ministros decidiram pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que se entendeu que a Associação dos Magistrados Brasileiros não possuía legitimidade para propô-la, em face da ausência de pertinência temática. O tema, no entanto, foi mais uma vez levantado perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADC nº 01, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 16.06.1995. Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal e pela Mesa da Câmara dos Deputados. Nessa oportunidade, pela primeira vez, almejou-se a declaração de constitucionalidade de uma lei, qual seja a Lei Complementar nº 70/1991, que tratava da instituição da contribuição social que tem como objetivo o financiamento da seguridade social, intitulada de COFINS. Por ser pioneira, no bojo da decisão, os Ministros da Corte Constitucional analisaram, em sede de Questão de Ordem, a constitucionalidade da ação declaratória e dos seus efeitos vinculantes. No Acórdão, a Corte Constitucional entendeu pela sua constitucionalidade e ponderou que a ausência desse instrumento provocaria grande insegurança na ordem constitucional brasileira.

ação direta de inconstitucionalidade. Além disso, confere ao Supremo Tribunal Federal um poder político desmedido, com efeito vinculante e eficácia contra todos, equiparado a uma espécie de “terceira Câmara do Poder Legislativo¹⁰⁰⁷”.

Por sua vez, há quem sustente que a ação declaratória de constitucionalidade encontra relevância no ordenamento jurídico nacional, eis que promove a segurança das situações jurídicas, ao decidir, com precisão, sobre a constitucionalidade de dispositivos normativos, objetos de controvérsia constitucional. Em assim procedendo, evita-se que situações sejam consolidadas e que pessoas de boa-fé pratiquem atos baseados em normas que, posteriormente, sejam declaradas inconstitucionais. Confiantes do sistema jurídico vigente, os cidadãos atuam com maior estabilidade, o que impacta positivamente nas relações jurídicas firmadas em seu âmbito¹⁰⁰⁸. E, o fato de produzir efeito vinculante e, por via de consequência, interferir no controle difuso de constitucionalidade não deslegitima o instituto, tampouco confere poder desmedido ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma decorrência absolutamente natural de um sistema que precisa buscar a sua univocidade, seja por meio das ações declaratórias de constitucionalidade, seja através das ações diretas de inconstitucionalidade.

No que diz respeito ao procedimento, a legitimidade para interposição da ação declaratória de constitucionalidade corresponde ao mesmo rol da ação direta de inconstitucionalidade¹⁰⁰⁹. A competência para processá-la e julgá-la é exclusiva do Supremo Tribunal Federal em relação às leis e aos atos normativos federais e dos Tribunais de Justiça estaduais, nas hipóteses de leis e de atos normativos estaduais ou municipais questionados em face das Constituições Estaduais¹⁰¹⁰. Trata-se de uma ação não contenciosa, sem polo passivo

¹⁰⁰⁷ Cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 247. Com esse mesmo entendimento, GEORGES ABBoud (*Processo Constitucional brasileiro*, op. cit., p. 164/165) afirma que a previsão da ação declaratória de constitucionalidade confere ao Supremo Tribunal Federal um poder que nenhum outro Tribunal Constitucional dispõe, uma vez que não há instituto similar no direito estrangeiro. Para o doutrinador, ao fixar, em abstrato, o sentido de um dispositivo normativo, o Supremo Tribunal Federal está definindo, de forma imutável, a interpretação constitucional a ele atinente, gerando um sério risco de engessamento interpretativo.

¹⁰⁰⁸ Com esse posicionamento, INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1148 e ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, op. cit., p.811.

¹⁰⁰⁹ Cf. artigo 103, incisos I a IX da Constituição Federal de 1988.

¹⁰¹⁰ A possibilidade de previsão da ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual não é unânime na doutrina brasileira. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de Direito Constitucional positivo*, op. cit., p. 63/64), a instituição da ação declaratória de constitucionalidade não é possível em nível estadual, por ausência de previsão constitucional. Em sentido diverso, ALEXANDRE DE MORAES (*Direito Constitucional*, op. cit., p. 811) advoga que os estados-membros da Federação possuem autonomia para desenvolverem os mecanismos necessários para a sua auto-organização, não havendo impeditivo de seguirem o modelo federal e

e sem contraditório, cuja regulamentação deu-se através da Lei nº 9.868/1999, apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter o entendimento de que se tratava de um instituto autoaplicável¹⁰¹¹. O seu objetivo é analisar uma questão autônoma sobre a constitucionalidade de uma norma. Em sua petição inicial é necessário apontar o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado; os fundamentos jurídicos do pedido; o pedido em si, com as suas especificações; além de demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo objeto da ação declaratória¹⁰¹².

Ainda sobre as regras procedimentais, é válido frisar que a decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade produz efeitos imediatos e independe da interferência do Senado, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, cuja aplicação remanesce para os casos relativos ao controle difuso de constitucionalidade. E, tal como se verifica com a ação direta de inconstitucionalidade, a decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade pode ter os seus efeitos restringidos pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e mediante a concordância de 2/3 (dois terços) dos seus membros¹⁰¹³. O objetivo desse dispositivo foi possibilitar que a atuação da Corte Constitucional não se desenvolvesse de forma rígida demais ou, até mesmo, estática, a ponto de os seus integrantes evitarem decidir em um determinado sentido, em razão das consequências danosas decorrentes.

A Emenda Constitucional nº 03/1993 também acrescentou ao sistema de controle de constitucionalidade abstrato brasileiro a denominada arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁰¹⁴, condicionando o instrumento à regulamentação legislativa, que ocorreu por meio da Lei nº 9.882/1999.

Trata-se de um instrumento de controle de constitucionalidade abstrato capaz de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental cometido, por conduta comissiva ou omissiva, do Poder Público¹⁰¹⁵. Como se observa, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem caráter preventivo ou repressivo. E, apesar de o legislador

disciplinarem instrumentos que, embora não previstos originalmente na Constituição Federal, foram introduzidos ao ordenamento, por meio do legislador constituinte reformador.

¹⁰¹¹ Esse entendimento foi estabelecido na ADC nº 01, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 16.06.1995, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁰¹² Cf. artigo 14, incisos I, II e III da Lei nº 9.868/1999.

¹⁰¹³ Cf. artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

¹⁰¹⁴ Cf. artigo 102, §1º da Constituição Federal de 1988.

¹⁰¹⁵ Cf. artigo 1º da Lei nº 9.882/1999.

infraconstitucional não definir, com precisão, quais seriam esses preceitos, a doutrina tem entendido que constitui preceito fundamental todos os direitos e garantias fundamentais dispostos na Carta Constitucional e, não somente, aqueles que estejam expressamente descritos em seu artigo 5º¹⁰¹⁶.

A respeito do objeto da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e da sua abrangência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a viabilidade deste instrumental para a concretização dos deveres prestacionais fundamentais do Estado. A este respeito, merece destaque a ADPF sob nº 347.

Em célere síntese, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL interpôs ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, para que fossem reconhecidas as violações aos direitos fundamentais dos encarcerados e adotadas as providências necessárias para sanar as lesões, cometidas em razão de reiteradas omissões do Estado brasileiro, no setor penitenciário. Em sua inicial, o impetrante defendeu que a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui o instrumento adequado para o atendimento das finalidades pleiteadas. Nas suas causas de pedir meritórias, o autor sustentou que, no país, vive-se um “estado de coisas inconstitucionais¹⁰¹⁷” em relação ao sistema

¹⁰¹⁶ Cf. ALEXANDRE DE MORAES, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 9ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2013, p. 2334; ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Tratado da Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 35/62 e GUSTAVO BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, op. cit., p. 239/241. Para esse último, são considerados preceitos fundamentais da Constituição os direitos e as garantias fundamentais, incluindo-se os direitos e garantias individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos de nacionalidade; os direitos políticos e os direitos do contribuinte; os princípios que estruturam o sistema de repartição dos poderes e a federação e os princípios gerais da ordem econômica.

¹⁰¹⁷ O “estado de coisas inconstitucional” originou-se nos Acórdãos da Corte Constitucional colombiana, após a constatação de violações inconstitucionais reiteradas e sistemáticas do Poder Público. O precedente pioneiro ocorreu na Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997. No feito, 45 (quarenta e cinco) professores de 02 (dois) municípios da Colômbia tiveram os seus direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. Ao avaliar o desacordo, a Corte Constitucional percebeu que se tratava de uma situação que extrapolava a lide, com repercussão geral, a ser aplicável a um número indeterminado de professores. No mérito, entendeu haver uma violação massiva e contínua dos direitos previdenciários destes profissionais, o que caracterizava um estado de coisas inconstitucional, no país. Assim, para além de assegurar os direitos tutelados pelos demandantes, a Corte Constitucional determinou que os municípios que se encontrassem em situação semelhante deveriam corrigir a inconstitucionalidade em prazo razoável, bem como ordenou o envio de cópias do Acórdão para os Ministros da Educação, da Fazenda e do Crédito Público; ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento; aos Governadores e Assembleias; aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para a adoção das providências orçamentárias que se fizessem necessárias para sanar o estado de inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 04.07.2018. Sobre a temática ver, CÉSAR RODRIGUEZ GRAVITO e DIANA RODRIGUES FRANCO, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Disponível em: <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf>. Acesso em: 04.07.2018; CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO, *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamund-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em: 04.07.2018; LENIO LUIZ STRECK, *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*.

penitenciário, sendo imprescindível a criação de novas vagas nos estabelecimentos prisionais e a prática de melhoramentos nas suas condições estruturais. Entre os principais problemas foram destacados a superlotação carcerária, inclusive e principalmente de presos provisórios; dificuldades de acesso à justiça, à saúde e à educação; o uso arbitrário da força estatal e o emprego de tortura. No pedido, requereu-se o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário nacional e a consequente elaboração e execução de planos de ação pela União e pelos Estados, sob a vigilância judicial, em relação à temática; a ocorrência de audiências de custódia e a necessidade de fundamentação detalhada nas decisões judiciais que decretem o acautelamento prisional de pessoas.

Assim, no ano de 2015, em decisão liminar¹⁰¹⁸ de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o emprego da ação para tal finalidade¹⁰¹⁹. No mérito, a Corte proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, determinando a liberação do saldo ali acumulado em prol do cumprimento dos seus objetivos, bem como ordenou que a Administração Pública

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatório-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 04.07.2018; GUSTAVO FERREIRA DE CARVALHO, FÁBIO DE SOUZA OLIVEIRA e JÚLIO EDSTRON S. SANTOS, *O Estado de coisas inconstitucional: é possível sua efetivação no Brasil?*. Disponível em: <<http://revista.fasf.edu.br/index.php/conecta/article/download/67/pdf>>. Acesso em 04.07.2018 e DIRLEY DA CUNHA JUNIOR, *Estado de coisas inconstitucional*. Disponível em: <<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 05.07.2018.

¹⁰¹⁸ Ao tratar da concessão do pedido de medida cautelar no âmbito da ADPF nº 347, o Ministro Relator Marco Aurélio afirmou que: “Por isso, entendo de relevância maior a apreciação do pedido de implemento de medida cautelar. Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitas como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa das minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10.07.2018.

¹⁰¹⁹ Acerca da preliminar afeta à adequação da via eleita pelo demandante, o Min. Relator Marco Aurélio assim decidiu: “O autor sustenta a adequação da via eleita, porque estariam preenchidos os requisitos de violação de preceitos fundamentais, de impugnação de atos do Poder Público e de inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. Tenho-o como satisfeitos. Os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidade, conforme se pretende nesta ação, só é possível, mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial. Quanto ao disposto no artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99 – a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade – entendo estar atendido, porquanto inexistente, no âmbito do controle abstrato de normas, instrumento diverso mediante, os quais possam ser impugnados de forma abrangente, linear, os atos relacionados às lesões e preceitos fundamentais articulados. Assento a adequação do instrumento”. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 10.07.2018.

abstivesse de realizar contingenciamentos futuros¹⁰²⁰. Por fim, determinou aos juízes e aos Tribunais que, no prazo de 90 (noventa) dias, fossem realizadas audiências de custódia, oportunidade em que os presos seriam apresentados ao Poder Judiciário, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas¹⁰²¹.

Dando prosseguimento à análise da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, deve-se frisar que, para além da arguição autônoma, com o fim de prevenir ou coibir lesão a preceito fundamental, a Lei nº 9.882/1999 disciplinou uma espécie de arguição incidental¹⁰²². Por seu intermédio, a ação de arguição de preceito fundamental se faz cabível nos casos em que for relevante o fundamento da controvérsia constitucional¹⁰²³ sobre lei ou

¹⁰²⁰ A exportação da teoria colombiana do “estado de coisas inconstitucionais” pelo Supremo Tribunal Federal e a sua aplicação na decisão proferida na ADPF nº 347 causou intensos debates entre os operadores jurídicos, principalmente em razão de servir de fundamento para proibir a prática de contingenciamentos orçamentários pelo Poder Executivo. Os principais questionamentos que se levantaram foram justamente em torno dos limites da intervenção jurisdicional e do receio de que o Judiciário, ao adotar posturas semelhantes, inviabilizasse a convivência harmônica entre os poderes da República e adentrasse em seara eminentemente política e financeira do Estado. A este respeito, LENIO LUIZ STRECK (*Estado de Coisas Inconstitucional*, op. cit.) entende que a tese do “estado de coisas inconstitucional – ECI” pode ser considerada um guarda chuva em que tudo pode ser incluído, capaz de absorver tudo aquilo que o ativismo quizer. Em seu posicionamento, quem deve fazer escolhas é o Poder Executivo, poder democraticamente eleito para planejar e executar as políticas públicas. Com esse mesmo entendimento, VINICIUS OLIVEIRA BRAZ DE PRA e WILIAN WALER, *Estado de coisas inconstitucional: Uma discussão em Pauta de Julgamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14239>>. Acesso em: 05.07.2018. Com posicionamento diverso, ÉLIDA GRAZIANE PINTO, *Constituição Federal. Constituição Estadual. Instrumento de Planejamento. Planos setoriais. PPA, LDO e LOA*, palestra ministrada no Ministério Público do Estado da Bahia, no Curso “Saúde e Educação. Custeio e Financiamento. A visão dos órgãos de controle. Módulo I”, em data de 12.04.2018.

¹⁰²¹ A ementa da Medida Cautelar na ADPF nº 347, julgada em 09.09.2015, tem a seguinte redação: “Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – arguição de descumprimento de preceito fundamental – adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante penitenciária do Brasil. Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas de Custódia – Violação Massiva de Direitos Fundamentais – Falhas Estruturais – Estado de Coisas Inconstitucional – Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’. Fundo Penitenciário Nacional – Verbas – Contingenciamento. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. Audiência de Custódia – Observância Obrigatória. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10.07.2018.

¹⁰²² Segundo GILMAR FERREIRA MENDES (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*). Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina>>. Acesso em: 01.04.2017), a arguição incidental possibilita a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, impedindo que elas tenham um desfecho definitivo após anos, momento em que muitas dessas situações já estariam consolidadas.

¹⁰²³ Para INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1320), basta para ser considerada controvérsia constitucional o fundamento relevante similar ao requisito da repercussão geral. Nessa hipótese, a relevância da causa deve ser

ato normativo federal, estadual e municipal, incluídos os anteriores à Constituição¹⁰²⁴. Nessas hipóteses, os juízes do caso concreto não são afastados dos feitos, em que pese se submetam à decisão pontual do Supremo Tribunal Federal a respeito da controvérsia, a qual produzirá efeito vinculante¹⁰²⁵. Independentemente da controvérsia, os Prefeitos, as Mesas das Câmaras de Vereadores ou qualquer entidade de âmbito municipal não dispõem de legitimidade para o ajuizamento de ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No que concerne ao procedimento, a legitimidade para a interposição da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental corresponde ao mesmo rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade¹⁰²⁶, tendo havido veto do Presidente da República a dispositivo¹⁰²⁷ que admitia o oferecimento da ação por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. A competência para processá-la e julgá-la é exclusiva do Supremo Tribunal Federal¹⁰²⁸. Em sua petição inicial é necessário indicar o preceito fundamental considerado violado e a lei ou o ato questionado; a prova da violação e o pedido, com as suas especificações, sem prejuízo da demonstração da existência de controvérsia judicial relevante, se for o caso. O objetivo da ação de arguição é tutelar preceito fundamental em face de ato, comissivo ou omissivo, do Estado.

verificada sob o ponto de vista político, econômico, jurídico e/ou social e não necessariamente a discórdia entre os órgãos judiciais a respeito da in(constitucionalidade) de determinada norma. Os autores concluem que não há razão para equiparar o requisito da dúvida sobre a constitucionalidade da lei, própria da ação declaratória de constitucionalidade, com a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, específica da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

¹⁰²⁴ Cf. artigo 1º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 9.882/1999.

¹⁰²⁵ Esse dispositivo tem sido alvo de críticas, uma vez que parte da doutrina entende que ao abarcar como objeto não somente a lei ou ato normativo federal, mas também, a lei ou ato normativo estadual e municipal, inclusive os anteriores à Carta Constitucional de 1988, o legislador infraconstitucional ampliou, indevidamente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal. Nessa linha de pensamento, ALEXANDRE DE MORAES, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, op. cit., p. 2338/2340 e ELIVAL DA SILVA RAMOS, “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto”, In André Ramos Tavares, Walter Caludius Rothenburg (Orgs.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da L.9882/99*, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, p. 109/127. Posicionando-se contrariamente, DANIEL SARMENTO, “Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, In André Ramos Tavares, Walter Caludius Rothenburg (Orgs.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da L.9882/99*, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, p. 93/115; GUSTAVO BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, op. cit., p. 247 e INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1329. Para esses últimos, a possibilidade de análise das leis e atos normativos estaduais e municipais impede a perpetuação de uma situação gravosa, provocada pela ausência de previsão de instrumento adequado de controle, capaz de comprometer a harmonia do desenvolvimento das relações sociais e a coerência da ordem jurídica. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal admitiu expressamente, na ADPF nº 03, na ADPF nº 84 e na ADPF nº 130, o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação à lei ou ato normativo anterior à Constituição Federal de 1988, desde que esse seja o único mecanismo capaz de conter os danos praticados pelo Estado.

¹⁰²⁶ Cf. artigo 2º, inciso I da Lei nº 9.882/1999.

¹⁰²⁷ Cf. artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.882/1999.

¹⁰²⁸ Cf. artigo 1º da Lei nº 9.882/1999.

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental submete-se a regra de subsidiariedade, uma vez que a Lei nº 9.882/1999 veda a sua interposição em caso de existência de outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade¹⁰²⁹. Há possibilidade de concessão de medida liminar¹⁰³⁰, por decisão da maioria absoluta dos integrantes da Corte Constitucional, para que juízes e tribunais suspendam os andamentos dos processos ou os efeitos das decisões judiciais que apresentem relação com a matéria, salvo se decorrentes de coisa julgada¹⁰³¹. Por sua vez, a decisão final deve ser proferida por 2/3 (dois terços) dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Público¹⁰³². Tal como nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental os efeitos da decisão podem ser restringidos pela Corte Constitucional, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social¹⁰³³.

Por fim, não se pode deixar de tratar do mandado de segurança coletivo, outro instituto introduzido pela Constituição Federal de 1988, com repercussões no controle constitucionalidade¹⁰³⁴.

¹⁰²⁹ Cf. artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999. Sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade, o Ministro Relator Gilmar Mendes assim se manifestou na ADPF nº 76, DJ de 20.02.2006: “(...) À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático (...)”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/adpf76.pdf>>. Acesso em: 12.07.2018.

¹⁰³⁰ Sobre a temática, é válido destacar a ADPF nº 54, que tratou da questão do aborto de fetos anencefálicos. No seu bojo, o Ministro Relator Marco Aurélio concedeu liminar para suspender os processos a respeito do tema, mas também para autorizar a prática do parto terapêutico, nos seguintes termos: “(...) Diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir do laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decisão na espécie”. Contudo, esse segundo ponto foi revisto pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 2005, mantendo-se a decisão no que pertine à suspensão dos feitos. Na ementa, registrou-se que: “ADPF – Liminar – anencefalia – interrupção da gravidez – glosa penal – processos em curso – suspensão. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF – Liminar – anencefalia – interrupção da gravidez – glosa penal – afastamento – mitigação. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/adpf54.pdf>>. Acesso em: 26.07.2018.

¹⁰³¹ Cf. artigo 5º da Lei nº 9.882/1999.

¹⁰³² Cf. artigos 8º, 9º e 10 da Lei nº 9.882/1999.

¹⁰³³ Cf. artigo 11 da Lei nº 9.882/1999.

¹⁰³⁴ Cf. artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal de 1988.

O mandado de segurança foi consagrado na ordem jurídica brasileira, pela primeira vez, na Constituição Federal de 1934. Contudo, o mandado de segurança coletivo constitui uma novidade da Carta Constitucional de 1988. Ao instituí-lo, o Legislador Constituinte disponibilizou a diversos legitimados a possibilidade de proteção de direito líquido e certo, não amparado pelo *habeas corpus* e pelo *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou pessoa jurídica no exercício das atribuições do Estado. Nessa conformidade, a defesa das liberdades e das garantias ganhou um reforço significativo no sistema constitucional com essa modalidade de *mandamus*.

São legitimados para a sua impetração os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há mais de um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados¹⁰³⁵. O objeto do mandado de segurança coletivo envolve a defesa dos mesmos direitos sustentados pelo mandado de segurança individual, porém direcionado à tutela dos interesses coletivos *lato sensu*¹⁰³⁶. A salvaguarda jurisdicional pretendida com o mandado de segurança coletivo também possui natureza mandamental, tal como no mandado de segurança individual, a fim de que a autoridade coatora se abstenha ou cesse a lesão à esfera jurídica do demandante. Logo, o mandado de segurança poderá ter caráter preventivo ou repressivo, mas não deve ser utilizado para obter a condenação ao pagamento de quantias pretéritas devidas ao impetrante¹⁰³⁷. O prazo para a sua interposição é de 120 (cento e vinte) dias, a partir da ciência do interessado do ato impugnado¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵ No entender de ALEXANDRE DE MORAES (*Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, op. cit., p. 407/408), apesar da posição do legislador infraconstitucional, a legitimidade ativa dos partidos políticos deveria ter sido considerada como universal, diferentemente das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, em que se exige a pertinência temática. Para ele, ao subdividir o artigo 5º, LXX em duas alíneas e ao não mencionar qualquer condicionante aos partidos políticos, o propósito do legislador constituinte foi ampliar a defesa dos interesses coletivos por esses legitimados, independentemente de estarem ou não relacionados aos seus filiados.

¹⁰³⁶ De acordo com o artigo 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016/2009, são direitos coletivos aqueles de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas entrelaçadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica. Já os direitos individuais homogêneos são entendidos como aqueles que possuem uma origem comum e que são decorrentes de uma atividade ou situação específica da totalidade entre parte dos associados ou membros do impetrante. Ao tratar dos interesses coletivos, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (*Interesses difusos: conceitos legitimação para agir*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, São Paulo, p.114/128) os subdivide em interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Enquanto os dois primeiros possuem natureza transindividual, de caráter indivisível, o último decorre de uma origem comum, entre pessoas definidas. Em relação aos interesses difusos, o doutrinador os caracteriza como pertencentes a sujeitos indeterminados, com objeto indivisível, de litigiosidade intensa e com tendência à mutação no tempo e no espaço.

¹⁰³⁷ Cf. Súmulas 269 e 271, ambas do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰³⁸ Cf. artigo 23, caput, da Lei nº 12.016/2009.

A concessão de medida liminar é cabível, quando houver fundamento relevante, bem como se do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso não seja deferida a segurança¹⁰³⁹. Porém, diferentemente do mandado de segurança individual, na modalidade coletiva se faz necessário oportunizar audiência com o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas¹⁰⁴⁰. O deferimento da medida liminar pode ter caráter antecipatório, para a satisfação imediata do direito pleiteado ou, ser de cunho cautelar, para a realização do direito em situação futura e eventual¹⁰⁴¹. Por fim, a sentença do mandado de segurança coletivo fará coisa julgada entre os membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante e não induz a litispendência para as ações individuais. A ressalva é que a coisa julgada não beneficiará o impetrante de demanda individual que não requerer a desistência do feito, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da comprovada impetração da segurança coletiva¹⁰⁴². De outro lado, não há produção de coisa julgada em caso de denegação da ordem por ausência de direito líquido e certo, admitindo-se a propositura de nova ação.

Assim, da análise feita, desenvolvida de forma sucinta, uma vez que não constitui objeto da presente investigação, algumas observações finais precisam ser tecidas.

A primeira delas é que o sistema de controle de constitucionalidade, após a Constituição Federal de 1988, tornou-se mais dinâmico e acessível. Ampliou-se o rol de legitimados para o exercício das ações no controle abstrato de constitucionalidade que, por sua vez, foi acrescido de importantes institutos, a exemplo da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. No que pertine ao controle difuso, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo reforçam a tutela das liberdades, direitos e prerrogativas constitucionais, em franco alinhamento com instrumentos processuais já conhecidos da ordem jurídica pátria, tais como a ação popular, a ação civil pública e o próprio mandado de segurança individual.

Outro ponto que não pode passar despercebido refere-se ao destaque conferido às omissões inconstitucionais e a criação de mecanismos capazes de coibi-las, por meio dos sistemas abstrato e difuso, o que reflete coerência e senso de unidade sistêmica do Legislador Constituinte.

¹⁰³⁹ Cf. artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016/2009.

¹⁰⁴⁰ Cf. artigo 22, §2º da Lei nº 12.016/2009.

¹⁰⁴¹ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 843.

¹⁰⁴² Cf. artigo 22, §1º da Lei nº 12.016/2009.

Com efeito, as inovações constitucionais encontraram ressonância na realidade forense. Merece destaque o crescente o número de pretensões que almejam prestações fáticas que estariam sob a responsabilidade do Estado. Do fornecimento de medicamentos a criação de vagas em creches; de uma melhor estruturação do sistema carcerário ao direito à moradia, pouco ou quase nenhuma dessas questões ficam alheias ao crivo do Poder Judiciário.

Nessa conformidade, de maneira reiterada, a Justiça Constitucional é chamada para sanar omissões inconstitucionais que impedem a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais. Porém, ao desenvolverem tal múnus, os Juízes e os Tribunais nem sempre percebem ou expressam que o que em realidade estão a fazer é exercer o controle de constitucionalidade em sua modalidade difusa. Tudo é tratado como um feito corriqueiro, de forma silenciosa, e não são poucos os julgados sem metodologia específica, sem avaliações de caráter orçamental, desprovidos de objetividade e racionalidade, distantes do universo de fiscalização de constitucionalidade¹⁰⁴³.

O Judiciário, sem justificação constitucional adequada, saneia a ausência ou a insuficiência da prestação estatal sobre a matéria que está a examinar e exerce um poder que, ainda que no plano abstrato lhe seja legitimamente conferido, não se encontra com os seus

¹⁰⁴³ Ao analisar o que denomina de “judicialismo” no Brasil, JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Perspectivas das formas políticas*”, In CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA (Coord.), *Perspectivas do Direito Público. Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 129/152) ressalta que diversos membros do Ministério Público lotados no interior do país vêm se utilizando de ferramentas como a ação civil pública e o inquérito civil, para o atingimento de objetivos que ultrapassam os limites trazidos pela Constituição, como se a ação civil pública fosse sinônimo de ação direta de inconstitucionalidade e como se o juiz de primeiro grau pudesse conhecer dela. Em assim procedendo, Promotores de Justiça e Juízes avançam, indevidamente, ao fundo do mérito, da oportunidade e conveniência das atividades do Governo. Dentro dessa mesma linha de pensamento, ver JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas*, op. cit., p. 107/125). O autor pondera que, paulatinamente, o Executivo vem perdendo espaço conferido pelo sistema de tripartição dos poderes, em razão do grau de insatisfação da população em relação às políticas públicas ofertadas e das complexas e crescentes demandas sociais. A partir do que ele chama de “vácuo administrativo”, vão surgindo intervenções judiciais, as quais, ainda que fora dos padrões técnico-jurídicos, acabam por sanar omissões, de forma pontual, sem que se indique o vício efetivo de legalidade ou de inconstitucionalidade e sem que isso se desenvolva em seara adequada. Para MARIA PAULA DALLARI BUCCI (*Direito Administrativo e Políticas Públicas*, op. cit., p. 268/279), não se pode perder de vista que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes e os objetivos são, em essência, opções políticas de competência dos representantes do povo, consoante a concepção de tripartição de poderes. Isso porque governar não significa, tão somente, a administração do presente, mas sim o gerenciamento de conjunturas políticas, econômicas e sociais que precisam ser levadas em consideração para o planejamento e para a execução das políticas públicas do futuro. Políticas essas que demandam estabilidade e governabilidade. Ao final, conclui que os controles posteriores sobre as atividades administrativas, feito pelo Ministério Público, pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Judiciário, devem considerar esses limites. Para uma abordagem mais detalhada, a respeito do uso da ação civil pública para a execução de políticas públicas, ver JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Ação Civil Pública. Comentários por artigo*, 6ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 85/95 e MARCOS MASELLI GOUVÊA, *O controle judicial das omissões administrativas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 347/351.

limites bem delineados¹⁰⁴⁴. Sem dúvida, essas disfunções repercutem no sistema como um todo. Principalmente, quando se está a tratar de questões ligadas às finanças públicas, em preocupante falta de deferência às capacidades legal e cognitiva dos outros poderes.

Com isso não se está a dizer que os problemas afetos às omissões inconstitucionais, ou seja, ao total descumprimento ou ao atendimento deficitário dos deveres prestacionais não podem ser submetidos ao crivo judicial. Em passagens anteriores, o tema foi abordado com detalhamento e não se está a rever, nessa oportunidade, as conclusões anteriormente pontuadas. A Carta Constitucional brasileira não deixa espaço para dúvidas em relação ao papel do Poder Judiciário no exame de constitucionalidade de leis e atos normativos; na vigilância do processo político, eleitoral e partidário¹⁰⁴⁵ e no controle da atividade governamental.

Logo, é preciso posicionar a atuação jurisdicional dentro dos seus limites jurídico-constitucionais. Será esse difícil e espinhoso caminho, nos domínios orçamentários, que se pretende desbravar a partir de agora. De início, investiga-se o comportamento do Supremo Tribunal Federal diante das demandas que envolvem questões orçamentais.

8.3 O orçamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No campo orçamentário, é imprescindível verificar como a máxima Corte Constitucional tem se relacionado com os demais poderes; como tem decidido às demandas que lhe são propostas e quais são os fundamentos que condicionam as suas escolhas. Se, ao

¹⁰⁴⁴ Em interessante e oportuna passagem, com a qual concordamos, INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1081) destacam que: “Ainda que a questão possa ter sido esquecida em determinada sede, a realidade forense mostra, cotidianamente, que os juízes de 1º grau, assim como os Tribunais de Justiça e Regionais Federais, realizam controle de constitucionalidade por omissão com grande frequência. A gravidade disso está na ausência de método para a feitura deste controle, para não dizer, bem vistas as coisas, os juízes e tribunais ordinários não percebem sequer que estão a suprir “ausência de lei”. É como se se estivesse numa terra em que, para fazer e admitir que se faça, é necessário não falar e, do outro lado, fingir que não se ouve e vê, com o agravante de que talvez ninguém mais esteja consciente da sua mudez e da sua cegueira”. Com esse mesmo entendimento, MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p.257/261 e ANA PAULA OLIVEIRA ÁVILA, *Reflexões sobre o Controle Judicial do Gasto Público no Brasil*, op. cit.

¹⁰⁴⁵ A respeito da temática, menciona-se a decisão emanada, em 27.05.2015, pelo Supremo Tribunal Federal relacionada à fidelidade e à disciplina partidárias, com interferência direta sobre o processo político, no país. Trata-se da ADIN nº 5180, de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso. Em votação, a Corte Constitucional decidiu que não é aplicável aos cargos do sistema majoritário de eleição (Presidente da República, Governadores, Prefeitos e Senadores) a regra de perda de mandato em benefício do partido, por infidelidade partidária, relacionado aos cargos do sistema proporcional (Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

decidir, a Suprema Corte brasileira o faz com base em parâmetros objetivos e de forma uniforme ou se o tratamento jurídico-constitucional por ela dispensado é diverso a depender das matérias que são objetos de julgamento. Nessa conformidade, interessa identificar se o instituto orçamental tem sido merecedor de análises mais pormenorizadas por parte dos Ministros ou se a sua menção constitui apenas uma ferramenta retórica para que os integrantes do Supremo Tribunal Federal se eximam do ônus argumentativo em torno da (in)disponibilidade jurídico-financeira do Estado.

Os julgados a seguir apresentados são o resultado de uma pesquisa empírica realizada perante o acervo jurisprudencial da Corte, sendo selecionados casos paradigmáticos que foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal no campo orçamental, tanto em sede de controle abstrato, como difuso de constitucionalidade. No total, foram investigados 115 (cento e quinze) julgados. Tudo para que, ao final, se possa definir quando e como age a Suprema Corte Constitucional brasileira ao se deparar com lides que perpassam sobre o tema orçamental.

Para delimitar a pesquisa foram aplicados, conjuntamente ou não, na seção de jurisprudência do *site* do Supremo Tribunal Federal, os seguintes termos: “orçamento”, “constituição”, “constitucional”, “reserva do possível”, “legitimidade”, “intervenção”, “poder judiciário”, “direitos sociais”, “saúde”, “educação”, “moradia”, “habitação”, “ação direta de inconstitucionalidade”, “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, “controle abstrato de constitucionalidade”, “normas orçamentárias”, “mínimo existencial”, “lei orçamentária”, “fiscalização”, “constitucionalidade”, “concreto”, “abstrato”, “difuso”, “concentrado”, “direito da criança e do adolescente”, “poder discricionário”, “poder executivo”, “políticas públicas”, “descumprimento”, “intervenção jurisdicional”, “interesse financeiro”, “Estado”, “princípio da separação dos poderes”, “repercussão geral”, “limitação”, “escassez” e “recursos”.

Foi fixada uma linha temporal para o desenvolvimento da pesquisa, selecionando-se os julgados publicados a partir da década de 90, do século passado.

8.3.1 O controle abstrato de constitucionalidade e o orçamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Os debates doutrinários travados em torno do dualismo legislativo do orçamento se estendem para os tribunais e fóruns brasileiros. A divisão dicotômica dos expedientes

orçamentais, de herança labandiana, ecoou profundamente na jurisprudência pátria, reflexo da forte aceitação da doutrina financeira europeia dos séculos XIX e XX em terras canarinhas.

Ao avaliar o controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal pretende-se verificar como a Corte tem se posicionado diante do orçamento e se o instituto é, no seu entender, provido ou não de conteúdo material. A investigação almeja constatar se as peças orçamentárias têm sido objeto desta espécie de controle de constitucionalidade e se existem parâmetros objetivos para o desenvolvimento desta eventual fiscalização.

Dos acórdãos pesquisados¹⁰⁴⁶ vislumbra-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal alterou-se ao longo do tempo, sendo possível dividi-lo em três principais fases.

Em um primeiro momento, logo após o advento da Constituição Federal de 1988, o posicionamento da Suprema Corte era pelo não cabimento do controle abstrato de constitucionalidade em relação aos expedientes orçamentários, sob o argumento de que se tratava de leis formais, com efeitos meramente concretos¹⁰⁴⁷.

Para o Supremo Tribunal Federal, a lei orçamentária revestia-se apenas da forma de lei, quando, em realidade, não passava de um mero instrumento de índole político-administrativa, capaz de conferir ao Estado a autorização necessária para efetuar os gastos públicos. Em seu bojo, continham-se meras previsões, de duração anual, voltadas à regulamentação de situações ocorridas dentro de um lapso temporal específico da sua vigência, sem possibilidade de reprodução das hipóteses nela disciplinadas, no futuro. Logo, as leis orçamentárias não possuíam conteúdo material e, portanto, seriam insuscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade.

Em razão de não serem recepcionadas como verdadeiros atos normativos, mas sim como atos de conteúdos político-administrativos de efeitos concretos, desprovidos de abstração, generalidade ou normatividade, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal era

¹⁰⁴⁶ ADIN nº 230, ADIN nº 441, ADIN nº 1640, ADIN nº 612, ADIN nº 810, ADIN nº 883, ADIN nº 1287, ADIN nº 1496, ADIN nº 1716, ADIN nº 1911, ADIN nº 885, ADIN nº 2100, ADIN nº 2057, ADIN nº 2108, ADIN nº 2484, ADIN nº 2535, ADIN nº 848, ADIN nº 2925, ADIN nº 3652, ADIN nº 3949, ADIN 4048, ADIN nº 4049, ADIN nº 3949, ADIN nº 4356, ADIN nº 4426, ADIN nº 4528, ADIN nº 4663, ADIN nº 5287, ADIN nº 5468, ADIN nº 5595, ADIN nº 5715, ADIN nº 5719, ADIN nº 5734, ADIN nº 5658, ADIN nº 5633, ADIN nº 5680, ADPF nº 37, ADPF nº 45, ADPF nº 63, ADPF nº 64, ADPF nº 73, ADPF nº 329, ADPF nº 330 e ADPF nº 347.

¹⁰⁴⁷ Nessa linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, destacam-se os seguintes julgados: ADIN nº 230, ADIN nº 1640, ADIN nº 883, ADIN nº 1287, ADIN nº 1496, ADIN nº 1716, ADIN nº 2100, ADIN nº 2057, ADIN nº 2108 e ADIN nº 2484. A primeira vez que o tema foi analisado após o advento da Constituição Federal de 1988, foi no bojo da ADIN nº 230.

no sentido de que a análise da ação, em sede abstrata de controle, ensejaria uma indevida intromissão na seara política de competência do Executivo e do Legislativo, em frontal violação ao princípio da separação dos poderes. Logo, o orçamento seria insuscetível de controle jurisdicional, razão pela qual as ações eram extintas sem análise do mérito, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido.

Dentro dessa linha de pensamento, merece destaque o precedente contido na Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 1.640¹⁰⁴⁸, o qual bem representa essa linha de pensamento da Corte.

Tratava-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT, pelo Partido Comunista do Brasil – PCdoB, pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB e pelo Partido Verde – PV, contra dotação contida na Lei Orçamentária sob nº 9.438/97. O dispositivo impugnado estabelecia que parcela dos recursos angariados por meio da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF seria utilizado para o financiamento de dívidas e encargos contraídos pelo Ministério da Saúde perante o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Segundo os requerentes, tal previsão contrariava o artigo 74, §3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, instituído pela Emenda Constitucional sob nº 12/96¹⁰⁴⁹, o qual determinou que a arrecadação proveniente da referida contribuição fosse empregada, de forma integral, para o adimplemento de ações e serviços de saúde.

Em seguida a sua propositura, a relatoria da ação direta de inconstitucionalidade foi distribuída ao então Ministro Sidney Sanches. Ao analisar o feito, o Ministro entendeu pelo não conhecimento da ação e por julgar prejudicado o pleito liminar, sob o argumento de que

¹⁰⁴⁸ A ADIN nº 1640 apresenta a seguinte ementa: “Direito Constitucional e Tributário. Contribuição provisória sobre movimentação financeira – CPMF. A ação direta de inconstitucionalidade ‘da utilização de recursos da CPMF’ como prevista na Lei 9.438/97. Lei orçamentária: ato político-administrativo – e não normativo. Impossibilidade jurídica do pedido: art. 102, I, a, da CF. 1. Não há na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de um ato normativo. Não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, ‘a’, da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Precedentes. 2. Isso não impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos, como prevista na Lei em questão. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, prejudicado, pois, o requerimento de medida cautelar. Plenário. Decisão Unânime”. (STF, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ de 03.04.1998)

¹⁰⁴⁹ O artigo 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT estabelecia que: “A União poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. (...) §3º - O produto da arrecadação da contribuição de que trata este artigo será destinado integralmente ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde”.

não se fazia cabível o controle de constitucionalidade concentrado dos preceitos orçamentários, uma vez que, apesar de serem revestidos de formatação legal, tratava-se, na verdade, de atos não normativos, de efeitos concretos. Logo, o mérito da ação não chegou a ser analisado. Apesar de sustentado pelos autores, o Relator não teceu considerações a respeito do suposto desvio de finalidade, em tese, provocado pelo dispositivo orçamentário, ora impugnado, o qual estaria provocando o descaminho dos recursos angariados das suas destinações específicas.

No entanto, com o decorrer do tempo, ainda que presente o entendimento caracterizado pela contenção do Supremo Tribunal Federal em matéria orçamentária, percebe-se uma paulatina mudança nos debates travados pelos Ministros, já no final do século XX e no começo do século XXI.

Essa evolução é sentida mais precisamente no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 2.108, em que o Supremo Tribunal Federal começa a se debruçar, com mais vagar, sobre a temática orçamental.

Nesta ação, o Governador do Estado de Pernambuco almejou a suspensão cautelar do artigo 26 e do artigo 27, §1º, §2 e §3º da Lei de Diretrizes Orçamentárias sob nº 11.666/1999¹⁰⁵⁰, do Estado de Pernambuco, que tratava do repasse dos duodécimos a serem percebidos pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, no ano de 2000. A justificativa apresentada para a interposição da ação foi de que a Assembleia Legislativa, por meio dos seus parlamentares, efetuou emendas ao projeto normativo, contrariamente ao veto promovido pelo Chefe do Executivo Estadual e

¹⁰⁵⁰ Os dispositivos questionados na Lei nº 11.660/1999 possuíam o seguinte teor: “Art. 26 – Para efeito do disposto no item III, do artigo 14, no inciso I do artigo 49 e no artigo 71, da Constituição Estadual, serão observadas as seguintes normas: I – A participação do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Assembleia Legislativa, na programação orçamentária do Estado, para o exercício de 2000, será reduzida em 0,068; 0,068; 0,135 e 0,27 pontos percentuais, respectivamente dos percentuais constantes da lei orçamentária de 1999, considerando os créditos orçamentários aditados até a data de entrada em vigor da presente Lei e as recomendações do seu art. 11; II – A composição da despesa orçamentária dos órgãos acima referidos obedecerá o disposto nos artigos 15 e 16 e no capítulo IV, desta lei. Art. 27 – (...) 1º - As quotas de recursos a que se refere o caput, para efeito de entrega mensal àqueles Poderes e ao Ministério Público, guardarão, na receita orçamentária efetivamente realizada, a mesma proporcionalidade constatada comparativamente à receita orçamentária desvinculada líquida prevista; §2º - Entende-se como receita orçamentária desvinculada líquida, para efeito deste artigo, a receita da administração direta excluídas; as operações de crédito, as receitas auferidas mediante convênios, as receitas diretamente arrecadadas (RDA), inclusive as taxas de aplicação vinculada, as transferências federais relativas ao salário-educação, as receitas de compensações financeiras, as receitas dos fundos e as quotas-partes de tributos arrecadados ou recebidos pelo Estado e pertencentes aos municípios, bem como as receitas provenientes de alienação de ações de empresas de capital pertencentes ao Estado de Pernambuco; §3º - Incorporam-se às receitas excluídas no parágrafo anterior, os valores auferidos sobre as mesmas a título de aplicações financeiras”.

assim vinculou quota-parte percentual da receita de impostos a despesas públicas, em inobservância aos artigos 99, §1º¹⁰⁵¹ e 167, inciso IV¹⁰⁵², da Constituição Federal. Segundo sustentado pelo requerente, a vinculação estabelecida pelo Legislativo Estadual pernambucano era estranha às exceções constitucionais atinentes à educação e à repartição constitucional do produto da arrecadação de impostos federais e estaduais, razão pela qual era eivada de inconstitucionalidade.

Ao julgar o feito, o Pleno do Supremo Tribunal Federal dividiu a ação em duas partes, uma relacionada à suposta inconstitucionalidade decorrente do artigo 26, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do estado de Pernambuco e outra referente aos dispositivos impugnados no artigo 27, do referido diploma legal.

No que pertine à primeira parte do acórdão, a Corte entendeu, por maioria dos seus membros, pelo não conhecimento da ação, o que tornou prejudicado o pleito liminar. Considerou-se que o artigo 26 do mencionado diploma legal constituía um dispositivo de efeitos concretos, desprovido de abstração e de generalidade, o qual se esgotaria no momento em que fossem indicados os percentuais redutores responsáveis por parametrizar a elaboração dos gastos disciplinados na Lei Orçamentária Anual.

De outro lado, de forma divergente e ainda que em posição minoritária, os votos dos Ministros Marco Aurélio Mello e Néri da Silveira sinalizaram a possibilidade de mudança no entendimento da Corte sobre a avaliação da matéria orçamentária em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Sem adentrar no mérito dos votos exarados, o que chama atenção é o fato de alguns dos integrantes da Suprema Corte passarem a analisar o tema orçamental de forma mais detalhada, ao enfrentarem questionamentos até então não explorados, uma vez que as ações sequer chegavam a ser conhecidas. Segundo os posicionamentos dos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio Mello haveria a possibilidade de se aferir a inconstitucionalidade, em abstrato, de dispositivos contemplados na Lei de Diretrizes Orçamentais, uma vez que, até a promulgação da Lei Orçamentária Anual, os seus efeitos seriam gerais, ou seja, aplicáveis a todos os detentores de competência para a

¹⁰⁵¹ O artigo 99, § 1º da Constituição Federal de 1988 disciplina que: “Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias”.

¹⁰⁵² O artigo 167, inciso IV da Constituição Federal de 1988 prevê que: “a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art.165, §8º”.

elaboração da peça orçamentária. Somente com a vigência da Lei Orçamentária, tais efeitos cessariam e passariam a ter natureza concreta, oportunidade em que seria incabível essa modalidade de fiscalização de constitucionalidade¹⁰⁵³.

Por sua vez, em relação ao artigo 27, §1º, §2º e §3º, os Ministros, à unanimidade, recepcionaram a ação e manifestaram-se pelo deferimento do pleito liminar. Determinou-se a suspensão da eficácia de tais dispositivos até o seu julgamento final, uma vez que, segundo os seus entendimentos, o artigo afrontou diretamente dispositivo constitucional ao vincular, inconstitucionalmente, a receita tributária para o adimplemento de despesas não dispostas no artigo 167, inciso IV, da Carta Constitucional¹⁰⁵⁴.

Da análise da decisão, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal não possuía um

¹⁰⁵³ Durante os debates travados no julgamento da ADIN nº 2.108, o Ministro Néri da Silveira assim se manifestou: “Concluindo, Sr. Presidente, entendo que se trata de uma lei temporária e, durante o período da sua vigência, - que só cessa com a elaboração da Lei orçamentária (aprovado o projeto de lei orçamentária cessa a vigência da Lei de Diretrizes Orçamentárias), a inconstitucionalidade decorrente da norma de diretriz pode ser reconhecida. Se for a norma, todavia, antes disso consagrada pelo legislador do orçamento, tal cabe então discutir durante o período da vigência do orçamento, isto é, durante o exercício, a invalidez da lei orçamentária. Mas não há dúvida de que antes de a lei orçamentária ser elaborada, ela é uma norma que está incidindo relativamente a todos aqueles que têm competência, a atribuição, o dever de elaborar a lei orçamentária. Por que não cabe declarar a inconstitucionalidade e impedir que a lei orçamentária seja inválida? Imaginemos que uma diretriz constante dessa lei seja absolutamente contrária à Constituição. Imaginemos que a lei de diretrizes orçamentárias estabeleça que não se aplicará certo percentual, previsto pela Constituição, como ad exemplum para a educação. Admita-se a hipótese de a lei de diretrizes orçamentárias estipular que, no exercício seguinte, não se atenderá esse percentual. Até que se faça o orçamento, essa norma destinada a orientar o legislador do orçamento, estará em vigor e fere a Constituição”. Com este mesmo posicionamento, o Ministro Marco Aurélio afirma: “Ora, Sr. Presidente, se reconheço esse caráter normativo projetado no tempo de ‘elaboração da lei orçamentária’, observado o que se contém na Lei de Diretrizes Orçamentárias, e se até aqui não veio à balha a lei orçamentária, devo concluir que estou diante de um ato normativo de eficácia abstrata”. Com entendimento diverso, o Ministro Nelson Jobim aduziu inexistir hierarquia entre as normas orçamentais, razão pela qual os seus efeitos seriam sempre concretos e, portanto, insuscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade. No curso da votação, o Ministro Nelson Jobim sustentou que: “Não obstante a vinculação entre uma lei e outra, no sentido de que o plano plurianual de investimentos fixa as linhas gerais das ações públicas orçamentárias brasileiras, e também a lei orçamentária nada mais é do que a execução do plano plurianual no que diz respeito ao ano subsequente e, o orçamento nada mais seria do que a execução orçamentária da decisão estabelecida nas leis anteriores, o que se passa, na verdade, é que essas três leis brasileiras não têm hierarquia diversa. Ou seja, a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária estão no mesmo plano. Portanto, um dispositivo como este que está na lei de diretrizes orçamentárias pode ser rigorosamente alterado na votação da lei orçamentária, porque a lei orçamentária não tem status inferior à lei de diretrizes orçamentárias. (...) Realmente, recuo, no sentido de reconhecer que o art. 26, incisos I e II se constituem em normas concretas e determinadas, ou com sujeito específico”.

¹⁰⁵⁴ O extrato da ata de julgamento da ADIN nº 2.108 apresentou a seguinte ementa: “O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Néri da Silveira, não conheceu da ação direta, relativamente ao art. 26 da Lei nº 11.660 de 09.07.1999, com a redação dada pela Lei nº 11.666, de 06.09.1999, ambas do Estado de Pernambuco. Votou o Presidente. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido de medida liminar, para suspender, até a decisão final da ação direta, a eficácia dos §1º, §2º e §3º do art. 27, da Lei nº 11.660/99, na redação dada pela Lei nº 11.666/99, do mesmo Estado. Votou o Presidente. Falou pela requerida – Assembleia Legislativa do Estado – o Dr. Marcio José Alves de Souza. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 17.12.99”. (STF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 04.10.2004).

posicionamento uniforme sobre a temática, eis que não foram indicados, com precisão, os critérios a serem considerados no momento em que um preceito orçamentário está sendo avaliado, em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Ao conferirem tratamentos díspares e sem maiores esclarecimentos aos objetos da demanda, os Ministros revelaram uma incoerência em suas próprias argumentações.

Apesar de controverso, esse acórdão possui especial relevância, na medida em que reflete os primeiros passos do Supremo Tribunal Federal para a alteração da sua jurisprudência até então consolidada sobre a matéria orçamental.

Outro julgamento paradigmático relativo ao tema foi o proferido no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 2.925, no ano de 2003. Nesse acórdão, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal passou a concordar com a tese de cabimento do controle abstrato de constitucionalidade em relação a determinados dispositivos contemplados na lei orçamentária anual.

A referida ação foi proposta pela Confederação Nacional do Transporte - CNT, sob o argumento de que o artigo 4º, inciso I, a), b), c) e d) da Lei nº 10.640/2002, que regulamentou o orçamento anual da União para o exercício de 2003, era dotado de inconstitucionalidade. Os dispositivos atacados tratavam dos dispêndios relativos aos recursos arrecadados por meio da contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE, com incidência sobre as operações realizadas com combustíveis. Segundo a requerente, o artigo impugnado autorizava a abertura de créditos suplementares para a complementação das dotações orçamentárias ali disciplinadas, no limite máximo de 10% (dez por cento) do seu respectivo valor, sem vinculá-los às destinações específicas dispostas no artigo 177, §4º, inciso II, da Constituição Federal¹⁰⁵⁵. Por essa razão, pleiteou que os dispositivos recebessem uma interpretação conforme à Constituição, a fim de evitar desvios inconstitucionais referentes às suas finalidades. Em sua causa de pedir, a autora ressaltou que os dispositivos impugnados não possuíam caráter individual, uma vez que se estava a tratar de “norma de estrutura”, responsável por promover desdobramentos normativos que culminariam com a produção de

¹⁰⁵⁵ O artigo 177, § 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 disciplina que: “A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: (...) II – os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes”.

outros expedientes normativos, quais sejam os decretos de abertura de crédito suplementar, esses sim de efeitos concretos.

Após distribuição, a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 2.925 foi remetida à Ministra Ellen Gracie. Em seu voto, a Relatora posicionou-se pelo não conhecimento da ação, sob a alegação de que as normas orçamentárias não conteriam abstração, generalidade e impessoalidade e, portanto, não poderiam ser objeto de fiscalização de constitucionalidade em sede concentrada. Foram apresentados precedentes anteriores do Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 1.640/1998, ADIN nº 1.716/1998 e ADIN nº 2.484/2003), no sentido de que as leis orçamentárias não poderiam ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, por tratar-se de lei formal, de efeitos concretos¹⁰⁵⁶. Em seu entender, ao declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos supra, a Corte iria alterar o conteúdo e o alcance da autorização concedida pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, transformando os ministros do Supremo Tribunal Federal em legisladores positivos, o que caracterizaria inadmissível afronta ao princípio basilar da separação dos poderes.

Vencido o voto da Relatora, os demais Ministros conheceram a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 2.925. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio Mello destacou que a lei orçamentária poderia ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade e que a pertinência de tal fiscalização deveria ser aferida no caso concreto¹⁰⁵⁷. No entendimento do Ministro Cesar Peluso¹⁰⁵⁸, os dispositivos impugnados constituíam verdadeiras “normas de

¹⁰⁵⁶ Durante o seu voto, a Ministra Ellen Gracie ressalta que mesmo se considerados os dispositivos impugnados como normas estruturais, as suas aplicações incidem sobre situações abrangidas pela lei e têm destinação específica, o que inviabilizaria o controle concentrado.

¹⁰⁵⁷ Nessa conformidade, o Ministro Marco Aurélio Mello, no momento de proferir o seu voto, apresentou as seguintes razões: “Senhor Presidente, apenas um aspecto que estimo ressaltar. Na hipótese, não se discute, quer receita, quer destinação de uma receita, considerada a descrição na elaboração da lei orçamentária. Quando o tribunal proclamou não convir o controle concentrado relativamente à lei orçamentária, fê-lo a partir da premissa de que esta teria ficado no âmbito da opção política. Aqui, não é isso o que ocorre. Argumenta-se que se acabou por lançar mão, muito embora de forma limitada, de recursos que a própria Carta Federal revela com destinação específica. Busca-se justamente a guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, no que a lei orçamentária estaria a conflitar, de modo frontal, com texto nela contido, mais precisamente com o disposto no artigo 177, §4º. Se entendemos caber a generalização, afastando por completo a possibilidade do controle concentrado, desde que o ato impugnado seja lei orçamentária, terminaremos por colocar a lei orçamentária acima da Carta da República. Por isso, a meu ver, há que se distinguir caso a caso”.

¹⁰⁵⁸ No bojo da ação, o Ministro Cesar Peluso ponderou: “Sr. Presidente, com o devido respeito também acho que é norma típica, de caráter geral e abstrato. Não é o fato de estar dirigida a sujeito determinado, como seu destinatário, que descaracteriza a abstração e a generalidade da norma. A norma constitucional que, por exemplo, no regime anterior, dava competência ao Supremo Tribunal Federal e, portanto, a destinatário específico, para editar preceitos regimentais com força de lei, era norma geral e abstrata. Concreta é a norma que prevê uma ação historicamente determinada. Não é o caso. (...) O caso, aqui, parece-me de norma de competência, isto é, de norma que dá a certo sujeito o poder e caráter geral para praticar uma série de atos, os quais é que serão concretos. Como norma típica de competência, guarda todas as características de norma geral e

competência” e, portanto, seriam dotadas de generalidade e de abstração. Esse também foi o entendimento dos Ministros Gilmar Mendes¹⁰⁵⁹, Carlos Ayres Britto¹⁰⁶⁰ e Maurício Corrêa, tendo este último asseverado sobre os novos tempos vivenciados pelo Supremo Tribunal Federal, em relação ao orçamento público.

No mérito, a posição vencedora foi pela procedência da ação. Entendeu-se como inconstitucional a possibilidade de o Executivo alocar, sem distinções, os recursos provenientes da contribuição de intervenção do domínio econômico – CIDE, através de créditos suplementares, uma vez que há uma vinculação constitucional prevista para essa modalidade de tributo, a qual deve ser observada. Por essa razão, a maioria dos Ministros votou no sentido de que os dispositivos impugnados recebessem uma interpretação conforme à Constituição Federal, para que, em caso de eventual abertura de crédito suplementar, os recursos originados da CIDE submetessem-se à tríade de finalidades previstas no artigo 177, §4º, inciso II, da Constituição Federal¹⁰⁶¹.

abstrata, razão por que, com o devido respeito, também conheço do mérito da ação”.

¹⁰⁵⁹ Ao proferir o seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aduziu que: “Sr. Presidente, em trabalhos doutrinários, tenho manifestado reservas em relação a essa jurisprudência, genericamente quanto a esse caráter do ato de efeito concreto, especialmente em relação às leis, porque sabemos, inclusive, a partir das próprias reflexões em termos da teoria geral, que podemos produzir leis aparentemente genéricas destinadas à aplicação a um único caso. Creio haver hipótese na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E a doutrina, hoje, é rica nessa discussão sobre as chamadas leis casuísticas. De modo que poderemos chegar a distorções significativas, a partir desta perspectiva. Em se tratando de lei orçamentária, com maior razão, porque se atentarmos para aquilo que está no texto, veremos que ele não queria qualquer relação – como já destacado pelo Ministro Marco Aurélio – com as normas típicas de caráter orçamentário. Ao contrário, está dotado de generalidade e abstração, é claro que gravada pela temporalidade, como não poderia deixar de ser em matéria de lei orçamentária. Penso que é uma oportunidade para o Tribunal, talvez, rediscutir esse tema (...). Na verdade, o conceito de controle abstrato – pelo menos o desenvolvido no Direito europeu – que contrapõe-se ao chamado controle concreto, diz respeito simplesmente à se postulação de proteção a uma posição jurídico-positiva. Tão somente isso! Não se está associado sequer a esse caráter genérico e abstrato”.

¹⁰⁶⁰ Ao motivar o seu voto, o Ministro Carlos Ayres Britto tratou da natureza jurídica das normas orçamentárias, ao afirmar que: “A abstratividade, diz a teoria toda do Direito, implica uma renovação, não digo perene, porque, aqui está limitada por um ano, mas uma renovação duradoura entre a hipótese de incidência da norma e a sua consequência. E me parece que, neste caso, o Ministro Sepúlveda Pertence colocou muito bem em evidência, durante o ano inteiro o Presidente da República fica autorizado a aplicar e reaplicar a lei a seu talento, claro que observados aqueles limites e condições. Acho que a abstratividade está presente, também”.

¹⁰⁶¹ O acórdão tem a seguinte ementa: “Processo Objetivo – Ação Direta de Inconstitucionalidade – lei orçamentária. Mostra-se adequado o controle de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. Lei orçamentária – Contribuição de Intervenção no domínio econômico – Importação e Comercialização de Petróleo e Derivados, Gás Natural e derivados de álcool combustível – CIDE – destinação – artigo 177, §4º, da Constituição Federal. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no §4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do inciso II do citado parágrafo. Decisão. O Tribunal, por maioria, conheceu da ação, vencida a Sra. Ministra Ellen Gracie, Relatora, que não a conhecia. Votou o Presidente, o senhor Mauricio Corrêa. Quanto ao mérito da questão, o julgamento foi adiado. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pelo requerente Dr. Luiz Alberto Bettiol. Plenário 11.12.2003. O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação, para dar

Em sentido divergente, a Ministra Ellen Gracie votou pela improcedência da ação, sob a alegação de que a análise do tema adentraria na seara das escolhas políticas governamentais. Ademais, afirmou que o Poder Executivo já teria o dever de atender às destinações constitucionais impostas aos recursos arrecadados por meio da referida contribuição, por expressa determinação legal contida no artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁰⁶². Nesse mesmo sentido, votaram os Ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.

Embora não tenha havido uma completa superação em relação às posições predominantes de autocontenção proferidas pela Corte Constitucional, fato é que com este precedente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal alterou-se de forma significativa. A jurisprudência anterior foi parcialmente revista e o seu alcance restringido. A partir deste julgamento, os dispositivos contidos na lei orçamentária passaram a ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, a depender do caso concreto, quando evidenciados aspectos de generalidade e abstração. Deixou-se, portanto, de trivializar a natureza da lei orçamentária e dos dispositivos nela contemplados, como se todos os seus enunciados produzissem efeitos concretos e individuais. Na hipótese em exame, a maioria dos ministros entendeu pelo cabimento do controle de constitucionalidade, via direta, por incidir a fiscalização sobre norma típica de competência, diversa do campo da eficácia concreta, ainda que disciplinada em lei orçamentária.

Mas, foi apenas em um estágio posterior que a posição do Supremo Tribunal Federal modificou-se com maior amplitude, em relação ao tema orçamental. Uma nova interpretação passou a ser conferida pela Corte, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 4.048/2008¹⁰⁶³.

interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a abertura de crédito suplementar deve ser destinada às três finalidades enumeradas no artigo 177, §4º, inciso II, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, da Carta Federal, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Nelson Jobim e Sepúlveda da Pertence. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Mauricio Corrêa. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.12.2003”. (STF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 04.03.2005).

¹⁰⁶² O artigo 8º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 101/2000 dispõe que: “Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.

¹⁰⁶³ A ementa da ADIN 4.048 tem os seguintes termos: “Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário. Limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do poder executivo na edição de medidas provisórias. I. Medida provisória e sua conversão em lei. Conversão da medida provisória na Lei 11.658/08, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. Controle abstrato de

A ação foi proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB em desfavor da Medida Provisória sob nº 405/2007, editada pelo então Presidente da República, que determinou a abertura de créditos extraordinários, em favor da Justiça Eleitoral e de vários órgãos do Poder Executivo, sem que estivessem presentes os requisitos de imprevisibilidade e de urgência, em descumprimento ao artigo 62, caput, da Constituição Federal¹⁰⁶⁴. Em sua argumentação, o autor destacou que o não conhecimento da ação ensejaria uma distorção no sistema jurídico-constitucional, na medida em que as medidas provisórias que instituíssem créditos extraordinários receberiam um tratamento menos criterioso do que as próprias leis ordinárias, uma vez que escapariam ao controle abstrato de constitucionalidade diversamente do que ocorrem em relação às próprias leis, produtos tipicamente legislativos. Destarte, o requerente sustentou que o não conhecimento da ação abriria um flanco na ordem jurídica, possibilitando que inconstitucionalidades não fossem devidamente fiscalizadas pela Justiça Constitucional.

Após a sua distribuição, o Ministro Gilmar Mendes conheceu a ação e votou pelo deferimento da liminar pleiteada, para fins de suspensão da vigência da medida provisória ora impugnada, uma vez que os créditos extraordinários autorizados por meio deste expediente normativo destinavam-se a prover despesas correntes, não qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência¹⁰⁶⁵. De forma expressa, entendeu que recai à Corte Constitucional o papel de

constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. Limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do poder executivo na edição de medidas provisórias para abertura de crédito extraordinário. Interpretação do art. 167, §3º c/c o art. 62, §1º, inc. I, alínea ‘d’, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender as despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, §3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, §3º c/c art. 62, §1º, inc. I, alínea “d” da Constituição. “Guerra”; “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP 405/07 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificados pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP 405/07 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. Medida cautelar deferida. Suspensão da vigência da Lei 1.658/08, desde a sua publicação, ocorrida em 22.04.2008”.

¹⁰⁶⁴ O artigo 62, caput, da Constituição Federal de 1988, disciplina que: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

¹⁰⁶⁵ Ao tratar do tema, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que: “Nenhuma das hipóteses previstas

fiscalizar o cumprimento, pelo Executivo, dos requisitos constitucionais de imprevisibilidade e de urgência estabelecidos na Carta Magna para a edição de medidas provisórias¹⁰⁶⁶. Em sua fundamentação, discorreu que os pressupostos em questão possuem caráter constitucional e, por conseguinte, submetem-se à possibilidade de controle jurisdicional, sem que haja violação ao princípio da separação dos poderes. A carga discricionária política inerente ao ato de edição das medidas provisórias não tem o condão de legitimar o exercício arbitrário da prerrogativa extraordinária de legislar que é confiada ao Presidente da República, nos moldes do artigo 62, da Constituição Federal.

Ainda em seu voto, o Ministro Relator sustentou ser necessário revisitar o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria orçamental, para possibilitar o controle concentrado de constitucionalidade de leis, ainda que com conteúdo desprovido de generalidade e abstração¹⁰⁶⁷. Em seu entender, posicionamento diverso provocaria a

pela medida provisória configuram situações de crise imprevisíveis e urgentes, suficientes para a abertura de créditos extraordinários. Há, aqui, um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. E esse não é um caso raro. Impressiona a quantidade elevada de medidas provisórias editadas, no último ano, pelo Presidente da República, para a abertura de créditos suplementares ou especiais travestidos de créditos extraordinários. Desde o início do ano de 2007, já se podem contar mais de 20 medidas provisórias destinadas à abertura de créditos de duvidosa natureza extraordinária (MP n°s 343, 344, 346, 354, 356, 364, 365, 367, 370, 376, 381, 395, 399, 400, 402 405, 406, 408, 409, 420 e 423). É papel desta Corte assegurar a força normativa da Constituição e estabelecer limites aos eventuais excessos legislativos dos demais Poderes”.

¹⁰⁶⁶ Outro não foi o entendimento do Ministro Marco Aurélio Mello que em seu voto disse que: “A toda evidência, cabe ao Supremo exercer a guarda da Carta quanto aos seus requisitos estabelecidos, ou seja, a imprevisibilidade e a urgência na disciplina do tema mediante medida provisória”.

¹⁰⁶⁷ Ao proferir o seu voto, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que: “(...) Como se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeitos concretos. Assim, tem-se afirmado que a ação direta é o meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*, não se prestando ela “ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei – as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato”. (...) A extensão da jurisprudência desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis. Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendido como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária. Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo de generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que instituiu empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública). Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária. Ressalta-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou

imunidade jurídico-constitucional de inúmeros atos editados sob a forma de lei, ocasionando uma disfunção sistêmica inaceitável.

Em alinhamento, a maioria dos integrantes da Corte Constitucional acompanhou o Relator, para fins de deferimento da medida cautelar e para a consequente suspensão da vigência da Lei nº 11.658/08, desde a sua publicação, uma vez que, no momento do julgamento cautelar, a medida provisória já havia sido convertida em lei. Mereceu destaque o apontamento feito pelo Ministro Carlos Ayres Britto que enalteceu a importância da lei orçamentária, posicionando-a, em termos de grau de importância para o destino de um país, apenas abaixo da própria Constituição Federal ¹⁰⁶⁸.

De maneira dissidente, votaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Menezes Direito e Cesar Peluso. O posicionamento vencido pautou a sua fundamentação no princípio da separação e do equilíbrio entre os poderes da República, uma vez que os requisitos de relevância, imprevisibilidade e urgência são questões afetas ao juízo discricionário do Executivo e do Legislativo.

No mérito, a ação foi julgada prejudicada, em 14 de fevereiro de 2011, em razão de

jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade. Por derradeiro, cumpre observar que o entendimento acima referido do Supremo Tribunal Federal acaba, em muitos casos, por emprestar significado substancial a elementos muitas vezes acidentais: a suposta generalidade, impessoalidade e abstração ou a pretensa concretude e singularidade do ato do Poder Público. Os estudos e análises no plano da teoria do direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto – lei casuística – de forma genérica e abstrata quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas. Sem embargo, é importante ressaltar, recentemente, o Tribunal reconheceu o caráter normativo de disposições de Lei Orçamentária Anual da União (Lei n. 10.640/2003, que disciplinou a destinação da receita da CIDE – combustíveis). Na espécie, por maioria, acolheu-se a preliminar de cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra lei orçamentária, sob o argumento de que os dispositivos impugnados eram dotados de suficiente abstração e generalidade (Adin 2.925-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, j. 11-12-2003). (...) A meu ver, essa nova orientação é mais adequada porque, ao permitir o controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária, garante a efetiva concretização da ordem constitucional”. Sobre o tema, ver ainda GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 221/224.

¹⁰⁶⁸ Em breve passagem, o Ministro Carlos Ayres Britto mencionou que: “(...) E, no caso da lei orçamentária – Vossa Excelência disse muito bem -, no fundo, abaixo da Constituição, não há lei mais importante para o país, porque a que mais influencia o destino da coletividade, do que esta lei. A lei orçamentária é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição. E deixar essa lei de do lado de fora do controle de constitucionalidade, em processos objetivos, parece um contra-senso realmente”. Em sentido divergente e minoritário, tem-se o entendimento do Ministro Cesar Peluso. Em seu posicionamento, o Ministro confere à lei orçamentária a natureza de ato complexo, uma vez que possui a participação formal do Poder Legislativo. Essa participação consiste em uma mera autorização ao Executivo para a prática de um ato de governo que lhe é próprio. Concordando com o Ministro Cesar Peluso, votaram os Ministros Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski.

perda superveniente do seu objeto. Porém, é interessante notar que, neste acórdão, os Ministros debatem, de forma mais aprofundada em comparação aos julgados prolatados até o momento, sobre temas relacionados à discricionariedade política e sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal ter a última palavra em desacordos constitucionais de natureza orçamental. Por esse motivo, a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048 constitui um julgamento paradigmático, na medida em que refletiu uma mudança substancial do posicionamento da Corte. De fato, o entendimento predominante passou a ser pelo cabimento da impugnação dos dispositivos contidos nas leis orçamentárias, por meio das ações de controle abstrato de constitucionalidade¹⁰⁶⁹.

Assim, a antiga posição do Supremo Tribunal Federal, caracterizada por uma postura contida, de autorrestrição, que culminava pelo não conhecimento das ações diretas de inconstitucionalidade em relação ao orçamento, sob a alegação de que são expedientes dotados de conteúdo eminentemente político, com efeitos concretos e não normativos, foi sendo paulatinamente alterada. Primeiramente, foi sucedida por um entendimento intermediário da Corte, na qual se admitiu a fiscalização em sede concentrada de dispositivos orçamentais específicos, desde que revestidos de abstração e de generalidade. E, em seguida, eis que surge o entendimento atual prevalecente, em defesa da fiscalização direta de constitucionalidade das leis orçamentais, independentemente dos efeitos dos seus dispositivos. Os expedientes orçamentários passam a ser concebidos como preceitos legais, dotados de normatividade e não apenas como atos de natureza política¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ Nesse sentido, destaca-se a ADIN nº 4.049, de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, com a seguinte ementa: “Constitucional. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória 402, de 23.11.2007, convertida na Lei 11.656, de 16.04.2008. Abertura de crédito extraordinário. Ausência dos requisitos constitucionais da imprevisibilidade e da urgência (§3º do art.167 da CF), concomitantemente 1. A lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade, devido a que se trata de ato de aplicação primária da Constituição. Para esse tipo de controle, exige-se densidade normativa apenas para o ato de natureza infralegal. Precedente ADI 4048-MC. (...) 5. Medida cautelar deferida.”. Em seu voto, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto reiterou a sua afirmação proferida na ADIN nº 4048, nos seguintes moldes: “(...) Acrescento: em se tratando de lei orçamentária, avulta um traço peculiar: abaixo da Constituição não há lei mais importante para a Administração Pública, porque o orçamento anual é o diploma legal que mais influencia o destino de toda a coletividade administrada, na medida em que fixa todas as despesas e prevê todas as receitas públicas para um determinado exercício financeiro. Donde se chamar a lei orçamentária de lei de meios. Deixá-la de fora do controle de constitucionalidade em processos objetivos parece um dar às costas ao reconhecimento de uma relevância que é tão intrínseca quanto superlativa. Lei orçamentária que, formalmente, é de natureza ordinária, não se nega. Materialmente, porém, é a lei que mais se aproxima da Constituição na decisiva influência que projeta sobre toda a máquina estatal administrativa e, por isso mesmo, na qualidade de vida de toda a sociedade civil”. (STF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 08.05.2009). De igual forma, pela possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias pelo Supremo Tribunal Federal, ver ADIN nº 4.356, ADIN nº 4.426, ADIN nº 4.663 e ADIN nº 5.287.

¹⁰⁷⁰ Para um aprofundamento a respeito do tema, ver HELENO TAVEIRA TORRES, *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*, op. cit., p. 398/399, MARCUS ABRAHAM, *Curso*

Mais recentemente, o tema orçamental voltou a ser debatido perante o Supremo Tribunal Federal. Nessa oportunidade, a Corte foi provocada a se manifestar sobre a inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos contemplados na Emenda Constitucional nº 86/2015, intitulada “Emenda do Orçamento Impositivo”, com impactos diretos no financiamento do sistema público de saúde.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República e pretendeu a impugnação dos artigos 2º e 3º dispostos na referida Emenda Constitucional¹⁰⁷¹, os quais estabeleceram a redução progressiva do financiamento federal às ações e aos serviços públicos de saúde, além de contabilizarem para os seus custeios, parcela de recursos provenientes da participação da União pela exploração de petróleo e gás natural, até então debitada como fonte de recursos adicional ao custeio da saúde. Segundo o Ministério Público Federal, as alterações foram intensamente prejudiciais ao financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS, uma vez que promoveram a violação ao princípio da vedação do retrocesso e ao dever de progressividade na implementação dos direitos sociais¹⁰⁷².

de Direito Financeiro, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2013, p. 239/240; JOSÉ MAURICIO CONTI, *O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade em matéria orçamentária*, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres, *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 219/238; MARCUS ABRAHAM, *Efetividade e vinculação das leis orçamentárias e a ADI 4663*, op. cit., p. 305/323; ANA PAULA OLIVEIRA ÁVILA e DANIELLA BITENCOURT, *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle judicial do orçamento público e a proteção dos direitos humanos*, op. cit., p. 18/38; ANA PAULA OLIVEIRA ÁVILA, *Reflexões sobre o controle judicial do gasto público no Brasil*, op. cit.; MANOEL CAVALCANTE DE LIMA NETO, VICTOR HUGO LESSA PIERRE e CARLOS EUGÊNIO SILVA DA COSTA, *Judicialização do orçamento brasileiro: O posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos*, op. cit., p. 223/250; NATÁLIA PIRES VASCONCELOS, *O Supremo Tribunal Federal e o Orçamento: uma análise do controle concentrado de leis orçamentárias*, op. cit., p. 25/25/147 e LUIZ FUX, *Orçamento Público na jurisprudência do STF: a possibilidade de controle judicial, a autonomia constitucional orçamentária e a problemática do orçamento participativo*, op. cit., p. 25/47.

¹⁰⁷¹ Os artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015 apresentam a seguinte redação: “Art. 2º - O disposto no inciso I, do §2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo: I – 13,2% da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; II – 13,7% da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; III – 14,1% da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; IV – 14,5% da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; V – 15% da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional. Art. 3º - As despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o §1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do §2º do art. 198 da Constituição Federal”.

¹⁰⁷² Segundo o Requerente, os preceitos impugnados, embora aparentem ter aumentado o financiamento federal, escondem grave redução do custeio do sistema de saúde. Em suas palavras: “reduzem o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde (ASPS) mediante piso anual progressivo para custeio, pela União, e nele incluem a parcela decorrente de participação no resultado e a compensação financeira, devidos pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o art. 20, §1º, da Constituição da República (...) antes da promulgação da emenda, os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural – incluídos os

Manifestou-se na ação, ainda, o representante da Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON, pugnando pela inconstitucionalidade dos artigos questionados. Em suas alegações, sustentou a inconstitucionalidade dos preceitos guerreados, em razão de determinarem a alocação regressiva de recursos públicos para a saúde em patamar menor do que 15% (quinze por cento) do orçamento total, ou seja, em inobservância ao piso estabelecido anteriormente pela Constituição, o qual, em seu entendimento, constitui cláusula pétrea. Ademais, argumentou que a redução do financiamento público federal produz desdobramentos negativos aos demais entes da federação, principalmente aos municípios, os quais possuem o maior número de encargos que devem ser ofertados à população, em prejuízo ao pacto federativo vigente.

Em contraponto, a Advocacia-Geral da União sustentou que a alteração da forma de cálculo dos dispêndios mínimos com as ações e serviços públicos de saúde pela União não caracteriza violação à suposta cláusula pétrea. Nesse sentido, os dispositivos impugnados já vêm produzindo efeitos há mais de um ano, sendo defeso o cerceamento, pelo Poder Judiciário, do Poder Constituinte Reformador. Por fim, alegou que o princípio da vedação do retrocesso não pode ser aplicado indistintamente, sem a devida correlação às variações no campo político, econômico e social.

O Congresso Nacional também foi instado a se manifestar. Em suas informações, o Presidente do Parlamento relatou que a tramitação da proposta de Emenda à Constituição obedeceu aos ditames constitucionais relativos ao processo legislativo. E, no mérito, defendeu que a referida Emenda fixou um mínimo de despesas totais da União para a saúde, sendo que parte do orçamento referente ao tema passou a ser obrigatória, não havendo o que se falar em prejuízo ao Sistema Único de Saúde - SUS.

Ao analisar o pleito liminar, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski deferiu a medida cautelar, para suspender a eficácia dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015, sob o fundamento de que tais dispositivos estabeleceram uma nova forma de cálculo dos percentuais a serem aplicados pela União, que reduziu os investimentos anuais, em ações

decorrentes da exploração em áreas no perfil geológico conhecido como camada do pré-sal – eram fontes adicionais para custeio da saúde, como previa expressamente o art. 4º da Lei 12.858, de 09 de setembro de 2013. (...) Ao determinar que esses recursos sejam contabilizados no percentual mínimo de gasto da União, a que se refere o art. 198, §2º, I, da Constituição, o art. 3º da EC 86/2015 impôs nova perda bilionária de recursos para o SUS”. Alega, ainda, que as alterações advindas com a Emenda nº 86/2015 “são intensamente prejudiciais ao financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS, por implicarem redução drástica no orçamento para ações e serviços públicos em saúde, o qual já é historicamente insuficiente”.

e serviços de saúde. Em seu entendimento, o escalonamento temporal introduzido pelo artigo 2º, da Emenda mencionada impôs percentuais proporcionalmente inferiores ao piso anteriormente previsto na forma da Emenda Constitucional nº 29/2000, a ponto de, a depender da receita líquida da União e do agravamento do quadro de crise econômica vivenciado no país, perder-se a proteção inserida pelo regime de financiamento mínimo inserido no ordenamento, por intermédio da Lei Complementar nº 141/2012. O Ministro ressalta, ainda, que as contas do Ministério da Saúde relativas ao ano anterior foram rejeitadas pelo Conselho Nacional de Saúde¹⁰⁷³, tendo como principais argumentos, o descumprimento da aplicação mínima constitucional em ações e serviços públicos de saúde; a inexistência de critérios para a escolha das despesas não executadas ou executadas parcialmente em virtude do contingenciamento estabelecido pela área econômica e a não demonstração pelo Ministério da Saúde da alocação de recursos suficientes para a promoção de mudanças no modelo de atenção à saúde¹⁰⁷⁴. Por esta razão, entendeu estarem presentes os requisitos de urgência necessários para a concessão do pedido liminar, posto que a manutenção das normas impugnadas dificultaria ou até mesmo inviabilizaria o gozo dos direitos fundamentais à vida e à saúde pela população.

Como se observa, a decisão monocrática de deferimento do pleito cautelar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595 ratifica o posicionamento do Supremo Tribunal Federal pelo cabimento da fiscalização abstrata de constitucionalidade em relação à

¹⁰⁷³ Cf. Resolução nº 551/2017, editada pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde.

¹⁰⁷⁴ O Ministro Relator Ricardo Lewandowski analisou a questão orçamental afeta à demanda e entendeu que: “O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde, em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado. A noção do que seria tal custeio adequado obviamente há de se assentar em bases juridicamente estáveis (conforme assegura o princípio da segurança jurídica) e fiscalmente progressivas (em consonância com os princípios da proporcionalidade e reserva do possível). Esse, por sinal, foi o sentido da bela análise empreendida pelo Ministro Celso de Mello no exame da ADPF-MC 45/DF, na qual asseverou não caber a manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilizasse o estabelecimento e a preservação do direito à saúde (...). À luz dos artigos 23, II, 30, VII e 198 da Constituição, não poderia qualquer dos entes políticos retraindo unilateral e abusivamente sua participação proporcional no volume total de recursos públicos destinados ao SUS, sem sobrecarregar os demais entes e sem impor grave risco de desestruturação no arranjo protetivo do direito fundamental. Precisamente por isso tem sido bastante questionado judicialmente o déficit de aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, tanto na seara da responsabilização pessoal do gestor inadimplente (sobretudo, improbidade administrativa) quanto na incidência das sanções de suspensão de transferências voluntárias a que se refere o art. 25, §1º, IV, b, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) e de condicionamento das transferências obrigatórias, na forma do art. 160, parágrafo único, II, da Constituição (...). Diante do quadro fático ora descrito, resulta evidente a urgência na concessão da liminar, uma vez que a manutenção da eficácia das normas atacadas vem dificultando ou mesmo impossibilitando, a cada dia e de forma irreversível, o gozo dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros”. (STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

matéria orçamentária. E revela uma tendência da Corte em aumentar a amplitude do controle jurisdicional por ela desenvolvido, na medida em que passa a analisar os expedientes normativos orçamentários fiscalizados em seu âmbito material¹⁰⁷⁵.

O controle material das espécies legislativas também veio à tona no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.468, oportunidade em que o tema foi debatido, expressamente¹⁰⁷⁶. Trata-se de ação interposta pela Associação Nacional dos Magistrados do

¹⁰⁷⁵ Interessante destacar que a ADIN nº 5.719, a ADIN nº 5.715, a ADIN nº 5.734, a ADIN nº 5.633, a ADIN nº 5.658 e a ADIN nº 5.680, todas pendentes de julgamento, almejam trazer ao Supremo Tribunal Federal uma avaliação substancial a respeito de decisões governamentais e legislativas afetas ao orçamento público e ao financiamento de dispêndios do Governo. A primeira ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, com pedido de liminar, com o fim de impugnar dispositivos constantes na Lei Complementar nº 1.010/2007, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a criação do São Paulo Previdência, entidade gestora do regime próprio de previdência dos servidores públicos estaduais. Com o advento dos dispositivos contestados, haveria a possibilidade de a Administração contabilizar no percentual constitucional de gastos com educação, as despesas com inativos e pensionistas desse segmento. Segundo o Ministério Público Federal, ao fazê-lo, o Legislativo Estadual incorreu em inconstitucionalidade formal e material. A inconstitucionalidade formal decorre do fato de a Assembleia Legislativa não dispor de competência para tratar da temática, a qual pertence, com exclusividade, à União. De igual forma, a inclusão das despesas com inativos e pensionistas para o atendimento do percentual constitucional mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) constitui um acréscimo legislativo ilegítimo, na medida em que deixa de promover a manutenção e o desenvolvimento do ensino, com comprometimento direto na qualidade do serviço a ser prestado pelo Estado. Houve pedido liminar para a suspensão da eficácia dos artigos 26, inciso I e 27, do referido diploma legal. A ação foi distribuída para o Ministro Edson Fachin e encontra-se pendente de julgamento. De outro giro, as demais ações foram propostas pelo Partido dos Trabalhadores – PT; pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE; pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE; pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT e pelo Partido Socialismo e Solidariedade – PSOL, respectivamente. O objetivo dessas ações, todas com pleito liminar, é que seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016, a qual criou um novo regime fiscal em vigor, no Brasil, instituindo um teto para os gastos públicos da União, nos próximos vinte anos. Os partidos políticos e as entidades de classe questionam que a tramitação da referida emenda não respeitou os trâmites dispostos na Carta Constitucional, ocasionando inconstitucionalidade formal. Ademais, argumenta-se que, sob o ponto de vista material, a emenda viola cláusulas pétreas dispostas na Constituição Federal de 1988, colocando em risco, direitos e garantias fundamentais à saúde e à educação. O pedido cautelar é para que sejam suspensos os efeitos do artigo 110, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, após a edição da Emenda Constitucional nº 95/2016 e a retomada dos critérios previstos constitucionalmente anteriormente. As ações foram distribuídas, por prevenção, à Ministra Rosa Weber.

¹⁰⁷⁶ A Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 5.468 possui a seguinte ementa: “Direito constitucional. Financeiro. Fiscalização abstrata de normas orçamentárias. Anexo de lei orçamentária anual (LOA – Lei 13.255/2016). Controle formal e material. Possibilidade. Jurisprudência fixada a partir do julgamento da ADI 4.048/DF. Processo Legislativo. Legitimidade ativa da entidade postulante, diante da homogeneidade de seus membros, a representatividade nacional e a pertinência temática entre a impugnação e os fins institucionais da Associação requerente (ANAMATRA). Alegação de ofensa à cláusula pétrea da separação de poderes (CRFB/1988, art. 2º c/c art. 60, §4º). Ausência de violação pautada em dois fundamentos: a) o caso é de típica atuação do poder legislativo, com respeito à iniciativa de proposta orçamentária desempenhada em consonância com a autonomia administrativa e financeira da Justiça do Trabalho (CRF/1988, art. 99). Legítimo controle orçamentário pelo Poder Legislativo. Ausência do abuso do poder de emenda. Inocorrência de desvio de finalidade ou de desproporcionalidade. Configuração de cenário de crise econômica e fiscal. Cortes orçamentários em diversos poderes e políticas públicas. Ausência, no caso *sub examine*, de capacidade institucional do Poder Judiciário para promover, em sede de controle abstrato, a coordenação da lei orçamentária com o plano plurianual (PPA) e as respectivas leis de diretrizes orçamentárias (LDO’S). O relatório da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CM)) do Congresso Nacional não vincula, por si só, a apreciação das casas legislativas, do Parlamento Federal. Postura de deferência judicial em relação ao mérito da deliberação parlamentar. Apelo ao Legislador quanto a eventual abertura de créditos suplementares ou especiais

Trabalho – ANAMATRA, impugnando os cortes realizados na Lei Orçamentária de 2016 em relação à Justiça do Trabalho, em percentual de 90% (noventa por cento), em contraponto aos cortes feitos ao restante do Judiciário, no importe de 15% (quinze por cento) para despesas com custeio e de 40% (quarenta por cento) para dispêndios com investimentos. Alegou a requerente que o corte das verbas não antecedeu um debate técnico e que a sua realização comprometeria a independência e a autonomia do Poder Judiciário do Trabalho. Segundo a referida Associação, a atuação do Parlamento caracterizou um abuso do poder de legislar, na medida em que os cortes praticados refletiram uma retaliação institucional em desfavor da Justiça do Trabalho, na tentativa de coibir os seus julgados em desfavor do patronato brasileiro. Em seu pedido, a ANAMATRA requereu a declaração de inconstitucionalidade em relação à previsão contida na Lei Orçamentária relativa à Justiça do Trabalho, no ano de 2016, para fins de execução integral da proposta orçamentária enviada originalmente. E, de forma subsidiária, na hipótese de não ser atendido o seu pedido principal, pleiteou que fosse aplicado à Justiça do Trabalho o mesmo percentual de cortes realizado aos demais órgãos do Poder Judiciário.

O Relator Geral do Orçamento da União, o Deputado Ricardo Barros, ao apresentar o relatório da Comissão do Orçamento, justificou a decisão de redução orçamentária, sob o argumento de que o custo dispendido pelo país à Justiça do Trabalho é de cerca de R\$ 17,8 bilhões (dezessete bilhões e oitocentos milhões de reais), o que seria equiparável ao orçamento de todo o programa social “Bolsa Família”, responsável por apoiar financeiramente milhões de famílias brasileiras. Ademais, alegou que a Justiça do Trabalho já possui cerca de cinquenta mil funcionários e há pedido para a criação de mais dez mil servidores, o que a transformaria em uma das maiores empresas do Brasil. Relatou, ainda, que é essencial que a Justiça do Trabalho crie um controle sobre os seus processos, uma vez que as pessoas que entram na Justiça ou ganham ou não perdem. Ao final, faz a sugestão de que os pedidos dos reclamantes tivessem algum ônus, para que não houvesse a presunção indistinta acerca da

durante a execução orçamentária do exercício (CRFB/1988, art. 99, §5º). Pedido de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) conhecido e, no mérito, julgado improcedente. (...) O ‘controle material’ de espécies legislativas orçamentárias corresponde a uma tendência recentemente intensificada na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica do excerto extraído da emenda do acórdão da ADI 4.4048/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes: ‘II – Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independentemente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade’”. (STF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 15.08.2017)

hipossuficiência daquele que ajuíza a reclamação.

Após ser protocolado, o feito foi distribuído ao Ministro Luiz Fux.

No curso da demanda, o Ministério Público Federal foi ouvido. Ao proferir o seu parecer, manifestou-se pelo conhecimento da ação, mas pela improcedência do pedido. Em sua fundamentação, o *Parquet* Federal ressaltou que, apesar de as reduções orçamentárias terem atingido alguns órgãos em proporções maiores do que em outros, não se pode falar em configuração de abuso por parte do Poder Legislativo. Em seu posicionamento, a redução orçamental de órgãos e programas públicos foi promovida em decorrência da crise econômica e fiscal vivenciada no país. Nesse diapasão, seria defeso ao Supremo Tribunal Federal substituir o legislador, para, assim, poder aferir as minúcias do orçamento, com o intuito de promoção do remanejamento do erário.

Após as manifestações das partes e dos interessados, o Ministro Relator passou a analisar a ação direta de inconstitucionalidade e entendeu que os preceitos impugnados são resultados de típica manifestação do Parlamento a respeito do projeto orçamentário sujeito à sua deliberação¹⁰⁷⁷. E concluiu dizendo que, ainda que o Relatório da Comissão de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO do Congresso Nacional tivesse, explicitamente, motivação ideológica, fato é que o seu teor não possui efeito vinculante, posto que os parlamentares tiveram a chance de discutir e votar o projeto de lei orçamentária, de acordo com suas convicções políticas.

Para o Ministro Relator o alegado desvio de finalidade e desproporcionalidade por parte do Congresso Nacional também não teria restado evidenciado, eis que a deturpação do poder-dever atribuído ao Legislativo teria sido feita pelo autor, de forma genérica. Além disso, não haveria o que se falar em desproporcionalidade na escolha política do Parlamento¹⁰⁷⁸, eis

¹⁰⁷⁷ Em seu voto, o Ministro Edson Fachin analisa a questão em torno das funções próprias do Parlamento em relação à temática orçamental. Em seu entendimento, o objeto da lide não recai sobre dispositivos específicos, mas sim sobre os valores que passaram a ser atribuídos à Justiça do Trabalho. Logo, o Ministro não verifica a possibilidade de haurir da demanda alguma inconstitucionalidade ou ilegalidade no âmbito do orçamento, sendo imprescindível uma postura da Corte de deferência ao Parlamento. Em suas palavras: “Desse expediente argumentativo, conclui-se que o Poder Constituinte atribuiu ao Congresso Nacional a qualidade de *locus* político para a formação democrática das decisões acerca do orçamento público. (...) Nessa linha de raciocínio, parece ser a presente demanda típico caso de deferência ao Poder Legislativo, por força da legalidade orçamentária. Isso porque não há assento constitucional para que uma decisão do Estado-Juiz exija a alteração de um orçamento público constitucionalmente adequado para a satisfação de suposto direito a uma dotação orçamentária”.

¹⁰⁷⁸ Sobre a possibilidade de o Poder Judiciário controlar o desvio do Poder Legislativo, entendeu o Ministro Edson Fachin como possível. Contudo, apesar da possibilidade de sindicabilidade do desvio de finalidade, o Ministro posicionou-se pela sua inocorrência, no caso em exame. Segundo suas ponderações, soaria

que a redução do orçamento público pode ser justificada diante do cenário de crise econômica e fiscal presente no Brasil¹⁰⁷⁹.

Ao final, o Ministro Luiz Fux decidiu que a Justiça Constitucional não tem condições de aferir a suposta desconformidade da lei orçamentária com os demais estatutos orçamentais, quando não haja forte evidência de inconstitucionalidade, pois se trata, em regra, de expedientes normativos dotados de estruturação aberta. Em hipóteses como a em exame, o Poder Judiciário não disporia de capacidade institucional para, por meio do controle abstrato, verificar a ocorrência ou não de coordenação entre o planejamento plurianual e as demais leis orçamentais, motivo pelo qual, em caso de dúvidas, deve se fazer valer a presunção, ainda que relativa, de constitucionalidade dos dispositivos guerreados.

Os Ministros Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski votaram contrariamente ao posicionamento do Relator. Em resumo, os Ministros alegaram que as competências do Executivo e do Legislativo no que concerne ao orçamento devem ser respeitadas. No entanto, por não se tratar de um poder ilimitado, há necessidade de se promover uma fiscalização, pela via abstrata, a respeito da destinação orçamental, para coibir alocações das verbas públicas que se revelem irresponsáveis ou arbitrárias, como as em exame. Em suas visões, as reduções orçamentárias apresentadas em desfavor da Justiça do Trabalho, para o ano de 2016, constituíram-se em situações normativas de absoluta distorção, capazes

teratológico pensar que ambas as casas parlamentares fossem manipuladas pelo discurso e percepções de mundo explanadas pelo Deputado Relator-Geral da Comissão do Orçamento. Em seu voto, disse que: “Ante essas razões, não apresenta qualquer plausibilidade jurídica a alegação de que o Reator-Geral da PLOA para o exercício financeiro de 2016 teria intentado e obtido êxito em ‘manipular’ 513 deputados e 81 senadores para ‘retaliar’ ou ‘discriminar’ a elogiosa altivez da Justiça do Trabalho, por intermédio do orçamento público, tendo em conta a própria complexidade e as salvaguardas normativas relativas ao devido processo orçamentário”. Nessa linha de entendimento, votou o Ministro Luís Roberto Barroso.

¹⁰⁷⁹ O Ministro Gilmar Mendes tratou da problemática em torno da reserva do possível em tempos de crise econômica. Em sua manifestação, disse que: “(...) Quem tem acompanhado a situação da Grécia, de Portugal – Portugal construiu, inclusive, um fundamento, vamos chamar quase metajurídico, que é ‘o estado de exceção financeira’, para fazer redução de salários, inclusive de magistrados. Quem não acredita no limite do financeiramente possível, brinque de operar segundo o cartão de crédito e o cheque especial. Então, é esse o problema! Quer dizer, claro que incomoda. Mas investimento, evidente que tem que ser retardado, se não houver essa possibilidade, pois há despesas que sabemos insuprimíveis. Então, esta é a realidade. Infelizmente, estamos chegando a uma fase de incômodo, de desconforto. Saímos da zona de conforto. De fato, encerrou a fase dos recursos ilimitados, de abrir o caixa e gastar. Alguns países fizeram, por exemplo, enxugamento da Justiça. Infelizmente, vamos ter que discutir isso. Ao invés de expandir varas – e eu discuti isso no CNJ -, vamos ter que enxugar varas, usando processo eletrônico. Em suma, isso vai ter que ser discutido, repensar o modelo. (...) A questão, realmente, é delicada quanto a esse debate relativo à alocação porque, sobretudo, fechado o orçamento, vamos ter que discutir a existência de reservas, que sejam passíveis de serem alocadas, ou eventual contingenciamento em uma dada área para alocação em outra finalidade. Veja: aqui é uma eleição política, não política-partidária, mas no sentido das grandes decisões em termos de poder, é disso que se cuida. Então, nesse sentido, me parece que o próprio pleito já envolveria essa dificuldade. Até poderíamos sinalizar para o futuro “novo orçamento deverá contemplar tal ou qual realidade, fazer cortes lineares e simétricos e tudo mais”, mas com difícil impacto na realidade atual”.

de comprometer o funcionamento regular das atividades judicantes de natureza laboral¹⁰⁸⁰.

A importância deste acórdão para o compêndio de julgados proferidos pela Corte em relação à matéria orçamentária é indiscutível. Em posicionamento unânime, a Corte definiu expressamente que a intervenção da Justiça Constitucional na função legislativa orçamental se faz cabível, mas não em todos os casos, de forma indistinta. O entendimento foi no sentido de que a intervenção jurisdicional somente é admissível em situações graves e de caráter excepcional¹⁰⁸¹. Por outro lado, não foram definidos parâmetros objetivos que possam contribuir para a aferição de tais situações.

Para além das ações diretas de inconstitucionalidade, os dispositivos orçamentais também foram objeto de controle abstrato de constitucionalidade, no âmbito das ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁰⁸². Essa modalidade de ação constitucional foi empregada principalmente na tentativa de superar o posicionamento anterior, mais refratário, do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema orçamental. O objetivo era de que, de alguma maneira, ocorresse o controle abstrato de constitucionalidade de matérias orçamentárias, ainda que com objeto mais restrito, se comparado às ações diretas de inconstitucionalidade, já que haveria a necessidade de demonstrar a violação do Poder Público a preceitos de ordem fundamental¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ No entender do Ministro Celso de Mello, o pensamento do Relator da Comissão do Orçamento, refletido no projeto da lei orçamentária representou um tratamento político-legislativo intensamente discriminatório em desfavor da Justiça do Trabalho, com o objetivo de adverti-la sobre o que considerou excessivo nas decisões prolatadas contra o patronato brasileiro. De forma convergente ao voto do Ministro Celso de Mello, o Ministro Ricardo Lewandowski destacou que: “Eu penso que esse raciocínio vale também para o Congresso Nacional. Não pode o Congresso Nacional – e o Congresso Nacional, repetindo o que sempre diz o Ministro-Decano, ‘pode muito, mas não pode tudo’ – afrontar, por exemplo, como no caso que ora examinados, a autonomia do Poder Judiciário, sobretudo a partir de uma motivação que, a meu ver, se mostra absolutamente inidônea, como já foi ressaltado”.

¹⁰⁸¹ Essa tese foi proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso durante o seu voto e compôs o Informativo nº 832/2016, nos seguintes termos: “O Tribunal, por unanimidade, aprovou tese fixada nos seguintes termos: ‘Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias quando atendidas as condições previstas no art. 166, §3º e §4º, da Constituição Federal’¹⁰⁸¹”.

¹⁰⁸² Em destaque, a ADPF nº 37, a ADPF nº 45, a ADPF nº 63, a ADPF nº 64, a ADPF nº 73, a ADPF nº 330 e a ADPF nº 347.

¹⁰⁸³ Como exemplo, destaca-se a ADPF nº 63, a ADPF nº 64, a ADPF nº 73 e a ADPF nº 330. Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 73, de forma expressa, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, requerente da ação, anuncia que promoveu o ajuizamento da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, diante do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal no sentido de inviabilidade de se discutir questões orçamentais, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. No resumo da decisão, tem-se que: “O Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB propõe arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, indicando como ato lesivo o veto parcial do Presidente da República ao Projeto de Lei n. 3, de 2004-CN, que resultou na Lei n. 10.934, de 11 de agosto de 2004. A lei mencionada dispõe sobre diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2005. O arguente

É provável que de todas as ações dessa natureza, a mais emblemática tenha sido a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Em célere síntese, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB impugnou o veto proferido pelo Presidente da República relativo ao artigo 55, §2º, da Lei de Diretrizes Orçamentárias nº 10.707/2003¹⁰⁸⁴. O autor alegou que o veto presidencial contrariou o preceito fundamental descrito na Emenda Constitucional nº 29/2000, ao comprometer os recursos mínimos que deveriam ser aplicados nas ações e serviços de saúde.

A ação foi distribuída para o Ministro Celso de Mello. No entanto, no curso da ação, o Presidente da República remeteu ao Congresso Nacional novo projeto de lei, restaurando, em sua integralidade, o dispositivo por ele vetado anteriormente. Em decorrência da sua reinserção na Lei nº 10.707/2003, a ação constitucional foi julgada prejudicada. Não sem antes o Ministro Relator tecer inúmeras considerações sobre o papel da Justiça Constitucional no controle das políticas públicas, diante de violações aos direitos fundamentais provocadas por ações e omissões do Poder Público.

De início, o Ministro destacou que não é função típica institucional do Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, uma vez que tal ônus recai, primariamente, ao Executivo e ao Parlamento. Contudo, em situações excepcionais, poderia a Justiça Constitucional interferir nesse campo, nas hipóteses em que os demais poderes descumprirem os seus encargos político-jurídicos. O Ministro Celso de Mello destacou, também, que o caráter programático das regras dispostas na Carta Constitucional não poderia

sustenta que seria patente o cabimento desta ADPF. Isso porque o ato de que se trata, veto da lei de diretrizes orçamentárias, não seria impugnável pela via da ação direta. Diz que o Supremo Tribunal Federal entende que as leis de diretrizes orçamentárias consubstanciam atos de efeitos concretos. Alega que o veto ao §3º da Lei n. 10.934 violaria “os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, do direito a vida, do direito a saúde e da garantia de recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos da saúde, constantes, respectivamente, dos artigos 1º, inciso III, 5º caput, 6º, caput, 196, todos da Constituição Federal, além do inserto no artigo 77 do Ato das Disposições Transitórias, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 29. (...) No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. Não é assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo – que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo – no conceito de ‘ato do Poder Público’, para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado”. (STF, Rel. Min. Eros grau, DJ de 11.05.2007)

¹⁰⁸⁴ O artigo 55, §2º, da Lei nº 10.707/2003 dispôs que: “Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza”.

ser convertido em “promessa constitucional inconsequente”.

No que pertine à reserva do possível, o decano do Supremo Tribunal Federal sustentou que não é lícito ao Poder Público promover uma indevida manipulação da sua atividade financeira, a ponto de instituir um obstáculo artificial ilegítimo com potencial para inviabilizar a promoção das condições materiais mínimas de existência aos cidadãos. Em seu entendimento, a reserva do possível não desonera o Estado dos seus compromissos constitucionais, principalmente, quando esse comportamento é capaz de provocar a aniquilação dos direitos constitucionais, de natureza fundamental. A finalidade do Estado ao angariar recursos públicos é justamente realizar despesas que atendam aos fins constitucionais explicitados na Carta Magna, com prioridade aos alvos de maior vulnerabilidade. O objetivo é assegurar-lhes condições materiais mínimas que possam garantir as suas dignidades¹⁰⁸⁵.

Do exposto, verifica-se a presença cada vez mais frequente do Supremo Tribunal Federal no debate envolvendo as políticas governamentais e o orçamento público. E, a Corte não tem se eximido de decidir tais desacordos. Sem dúvida, a atuação de outrora, de caráter restritivo, abre espaço para uma postura mais intervencionista, que aceitou a possibilidade da fiscalização formal e também a realização do controle material dos expedientes orçamentais. Resta saber se ao desempenhar essas funções, o Supremo Tribunal o faz bem, com base em parâmetros uniformes, objetivamente definidos.

A apresentação dos julgados acima revela, em nosso entendimento, que há muito a avançar nesses domínios. Os limites da intervenção jurisdicional não se encontram bem delineados. Em alguns momentos, a Corte atua de forma mais cautelosa e deferente aos Poderes Legislativo e Executivo. Em outros e sem que as razões distintivas estejam claramente expostas, o Supremo Tribunal Federal avança no controle material do orçamento

¹⁰⁸⁵ A Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 possui a seguinte ementa: “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04.05.2004) Sobre a temática, ver ainda a ADPF nº 347, a qual já foi objeto de análise, na presente investigação. Na oportunidade do seu julgamento, o Rel. Min. Marco Aurélio manifestou-se pela possibilidade de intervenção da Justiça Constitucional em situações excepcionais, sem prejuízo ao princípio da separação entre os poderes. No caso em apreço, o Ministro sustentou que a excepcionalidade decorria do “estado de coisas inconstitucional” vivenciado no país, em relação à precária situação do sistema penitenciário e dos seus detentos.

para determinar a execução imperativa de previsões orçamentais e até para impedir a realização de contingenciamentos de despesas, ainda que de índole discricionária.

De tudo quanto se disse e, sobretudo, com o objetivo de prosseguir na presente investigação, serão apresentadas na sequência algumas das decisões da Corte no âmbito orçamental, exaradas por meio do controle de constitucionalidade difuso. Logo após, serão tecidas observações derradeiras sobre os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ambas as esferas de fiscalização.

8.3.2 O controle difuso de constitucionalidade e o orçamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias foi sendo admitido paulatinamente, no Supremo Tribunal Federal. Já em relação às demais ações judiciais que visam compelir o Poder Público a cumprir com os seus deveres prestacionais, o Judiciário tem se revelado menos reticente, apesar de não se verificar uma fundamentação mais vigorosa em relação à temática orçamental e de não haver um questionamento específico envolvendo o controle de constitucionalidade, em sede difusa.

No país, o controle de constitucionalidade pode ser feito de maneira difusa por todos os juízes estaduais e federais, e não há, no ordenamento, o instituto do precedente judicial tal como existe no sistema americano. Desse modo, não fica difícil observar que o problema é analisado das mais variadas formas pelo Judiciário brasileiro.

É justamente por essa realidade, que a intervenção do Supremo Tribunal Federal revela-se fundamental. Na qualidade de última instância judicial, a Corte pode contribuir com o fornecimento de critérios de intervenção mais seguros e coerentes, capazes de assegurar previsibilidade e razoabilidade ao ordenamento, transformando a sua atuação em um norte a ser seguido pelos juízes, pelos poderes constituídos e pela população em geral.

Para saber como a Corte Constitucional vem se posicionando no momento em que é conclamada a intervir nesses conflitos foi desenvolvida uma pesquisa empírica jurisprudencial concentrada nas seguintes matérias: direito à educação, direito à saúde e direito à habitação. A delimitação dos temas foi proposital por dois motivos. O primeiro é que a maioria das intervenções judiciais feitas pelo Supremo Tribunal Federal refere-se aos direitos à saúde, à educação e à moradia. A escolha destes direitos fundamentais também teve como objetivo

verificar se a atuação do Supremo Tribunal Federal tem levado em consideração a densidade das normas constitucionais invocadas. Enquanto o direito à educação vem disposto, na Constituição Federal, através de normas dotadas de alta densidade, o direito à saúde possui menor detalhamento, embora, no campo infraconstitucional, ambos sejam razoavelmente concretizados pelos poderes eleitos. Das três áreas escolhidas é o direito à moradia o que apresenta o conteúdo constitucional e infraconstitucional menos preciso.

Assim, o objetivo foi analisar o maior número possível de decisões dentro dos temas escolhidos, para identificar a postura do Supremo Tribunal Federal frente ao seguinte questionamento: Qual é o papel que a Corte Constitucional tem desenvolvido no momento em que é chamada para coibir as omissões inconstitucionais do Poder Executivo e como é tratada a matéria orçamental, ínsita a tais questões?

8.3.2.1 Dos casos relativos ao direito à educação

De plano, é importante situar, ainda que resumidamente, o direito à educação na Constituição Federal de 1988. De acordo com a Carta Constitucional, o direito à educação abarca¹⁰⁸⁶:

a) O acesso à educação básica compreendida pelo ensino infantil, pelo ensino fundamental e pelo ensino médio será disponibilizado nas redes públicas de ensino, gratuitamente, a todos aqueles que tenham entre 04 (quatro) a 17 (dezessete) anos de idade. A única ressalva feita pelo Legislador Constituinte refere-se ao ensino médio. Nesse caso, a sua universalidade será realizada de forma progressiva;

b) O acesso ao ensino infantil em creches e em pré-escolas destinado às crianças de até 05 (cinco) anos de idade;

c) O acesso à educação básica, de forma gratuita, para todos aqueles que não a concluíram na idade própria;

d) O acesso ao atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências, preferencialmente na rede regular de ensino;

e) O acesso ao ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

f) O acesso a programas suplementares, em todas as etapas da educação básica,

¹⁰⁸⁶ Cf. artigos 6º, caput e 208, caput, ambos da Constituição Federal de 1988.

referentes a material didático, transporte, alimentação e assistência médica.

Dos acórdãos pesquisados¹⁰⁸⁷, a grande maioria das demandas judiciais que chegaram até o Supremo Tribunal Federal refere-se à educação infantil e trata do direito de acesso à creche e à pré-escola¹⁰⁸⁸.

Em decisão no Recurso Extraordinário nº 1.101.106¹⁰⁸⁹, o Supremo Tribunal Federal reiterou o seu entendimento já consolidado, no sentido de que a educação infantil constitui um direito assegurado pela própria Constituição. Desse modo, é imperativo ao Poder Público realizar políticas públicas que assegurem a concretização desse dever jurídico imposto à Administração, pela própria Assembleia Constituinte e, após, pelo legislador infraconstitucional¹⁰⁹⁰. No posicionamento da Corte, o atendimento em creches e pré-escolas

¹⁰⁸⁷ Foram analisados os seguintes julgados: RE 639.337, RE 594.018, RE 500.171, RE 436.996, RE 463.210, RE 410.715, RE 431.916, AgRRE 464.143, RE 595.595, RE 384.201, RE 401.673, RE 241.757, RE 1101106, RE 1008166, AI 646.079, RE 682.884, AI 725.891, AgRRE 410.646, RE 411.518, AgRRE 594.018, AgRRE 761.908 e AgRRE 677.274. Também foram analisadas, em razão da pertinência temática e para fins de complementação da pesquisa, a ADIN nº 4.167, a ADIN nº 3.324 e a ADIN nº 1.698, em que se pese tratar-se de ações ajuizadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

¹⁰⁸⁸ Como exemplo, citam-se: RE 410.715, RE 436.996, RE 463.210, RE 595.595, RE 594.018, RE 639.337, RE 431.916, RE 411.518, RE 384.201, RE 401.673, AgRRE 464.143, RE 682.884, RE 1008166, RE 1101106, AI 725.891, AgRRE 410.646 e AgRRE 761.908. Neste último, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a ocorrência de repercussão geral em recurso interposto pelo Município de Criciúma. Trata-se de um mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina com o objetivo de obter a matrícula de uma criança em creche da rede pública de ensino municipal. Tanto em primeiro, como em segundo grau a segurança foi deferida. Em resumo, o entendimento do Poder Judiciário foi no sentido de que o direito à educação constitui um direito fundamental e social, tendo o Poder Público o dever de garanti-la. Em contraponto, o Município de Criciúma aduziu que inexistente direito líquido e certo pertencente ao infante em relação à vaga, uma vez que não há direito subjetivo a ser concretizado imediatamente pelo Poder Público, na educação infantil. Isso porque, em seu entendimento, a Constituição Federal somente assegurou a obrigatoriedade do ensino fundamental, de forma imediata. Por fim, aduziu que a decisão judicial impugnada desconsiderou a legalidade orçamentária, uma vez que desconsiderou a ausência de autorização legal para que o Município de Criciúma realizasse o gasto referente à inclusão da criança em creche municipal. Ao ser distribuído o feito ao Ministro Luiz Fux, o relator manifestou-se pela existência da repercussão geral, sob o argumento de que se faz necessária a racionalização própria do instituto. O Pleno o acompanhou nesse entendimento. (STF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 08.05.2012)

¹⁰⁸⁹ O acórdão do Recurso Extraordinário nº 1.101.106 possui a seguinte ementa: “Criança de até cinco anos de idade. Atendimento em creche. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público (CF art.211). O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas previstas na Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público. Recurso Extraordinário improvido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV)”. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.02.2018)

¹⁰⁹⁰ Sobre a temática, no ordenamento jurídico brasileiro, merece destaque o artigo 208, incisos I e VII, da Constituição Federal c/c com o artigo 30, da Lei nº 9.394/96, que regulamenta as diretrizes e bases da educação, no país. Após a Emenda Constitucional nº 59/2009, o artigo 208, incisos I e VII possui a seguinte redação: “O dever do Estado com educação será efetivado mediante a garantia de: I – educação básica obrigatória e gratuita dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita

integra a educação infantil. E representa um direito indisponível, de assento constitucional, essencial ao desenvolvimento integral da criança¹⁰⁹¹.

Por sua vez, existem esparsos julgados a respeito do ensino básico fundamental, do ensino superior e do atendimento educacional dos portadores de deficiência¹⁰⁹². Não foram encontradas demandas referentes ao ensino médio.

Sobre o ensino fundamental regular, merece destaque o julgado proferido no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 594.018. Em breve resumo, tratava-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de obrigar o Poder Público Estadual a sanar o déficit de professores na rede pública, uma vez que, apesar da disponibilidade de vagas, existiam cerca de 10 (dez) mil docentes aprovados em concurso público, aguardando nomeação.

Enquanto em primeiro grau houve a procedência do pedido, na instância imediatamente superior, a sentença foi reformada, dando-se guarida aos argumentos sustentados pelo Estado do Rio de Janeiro. O indeferimento do pleito ministerial deu-se sob a alegação de que a matéria tratada no bojo da ação civil pública era de ingerência discricionária da Administração Pública, não sendo cabível ao Poder Judiciário intervir na execução de políticas públicas com a produção de impactos financeiros.

Ao chegar ao Supremo Tribunal Federal, a ação foi distribuída para o Ministro Eros Grau, que deferiu o pleito liminar requerido pelo Ministério Público, de forma monocrática. Irresignada com a decisão cautelar, o Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro interpôs agravo regimental perante o Plenário da Corte. Ao proferir julgamento, a decisão monocrática do Ministro Relator foi confirmada, negando-se provimento ao recurso. No entendimento do Supremo Tribunal Federal, a carência de professores nas unidades de ensino que compõem a

para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”. De outro giro, o artigo 30, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelece que: “A educação infantil será oferecida em: I – creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II – pré-escolas, para crianças de quatro a seis anos de idade”.

¹⁰⁹¹ Ao tratar da importância do direito à educação, NORBERTO BOBBIO (*A era dos direitos*, op. cit., p. 69/70) afirma que, no mundo atual, com suas complexidades, os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade não são suficientes para a formação integral do indivíduo. Nessa conformidade, o direito à educação é uma exigência que se faz presente nas sociedades evoluídas. Outro não é o entendimento de ROBERT A. DAHL (*Sobre a democracia*, op. cit., p. 92/94). Em seu posicionamento, a educação, não apenas formal, como cívica, é essencial ao fortalecimento do regime democrático. Não por acaso, direitos como o à educação constituem uma exigência para se ter uma democracia.

¹⁰⁹² Para exemplificar, têm-se os seguintes acórdãos: RE 241.757, RE 500.171, AgRRE 594.018, ADIN nº 4.167, ADIN nº 3.324 e ADIN nº 1.698.

rede pública estadual deve ser sanada pela Administração. E, na hipótese de omissão estatal, deve o Judiciário, ainda que de forma excepcional, intervir para evitar o comprometimento de direitos fundamentais de natureza indisponível dos cidadãos¹⁰⁹³.

Não foram encontrados julgados que tratassem da qualidade e da eficiência dos serviços de educação disponibilizados pelo Estado.

Da análise dos acórdãos, percebe-se que, embora o posicionamento do Supremo Tribunal Federal seja unânime em relação à sua legitimidade constitucional, a Corte é mais hesitante quanto à possibilidade de determinar a implementação de políticas públicas pela via jurisdicional, a qual, segundo entendimento majoritário, somente pode ser exercida em caráter excepcional, como nas hipóteses em que os poderes constituídos descumpram políticas públicas precisas e previamente definidas pelo legislador constituinte¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹³ A ementa do AgRRE 594.018 possui a seguinte redação: “Agravio Regimental no Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Carência de professores. Unidades de ensino público. Omissão da Administração. Educação. Direito Fundamental indisponível. Dever do Estado. Arts. 205, 208, IV e 211, parágrafo 2º, da Constituição do Brasil. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que ‘(a) educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento de encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional’. Precedentes. Agravio regimental a que se nega provimento”. (STF, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 06.08.2009).

¹⁰⁹⁴ Nessa conformidade, é válido destacar o Recurso Extraordinário nº 410.715, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o qual constitui um julgamento emblemático acerca da matéria, realizado em 22.11.2005 e utilizado, até os dias atuais, como importante precedente da Corte Constitucional. A sua ementa é a seguinte: “Recurso extraordinário – Criança de até 06 anos de idade – Atendimento em creche e pré-escola – educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, §2º) – Recurso improvido – A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e acesso à pré-escola (Cf, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º), não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos

Nos casos em que os comandos constitucionais e infraconstitucionais não se revelam definidos com exatidão, existem divergências nos posicionamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Há decisões minoritárias, em que a Corte Constitucional adota uma postura de autorrestrição, entendendo que, mesmo vislumbrada a violação inconstitucional, não compete à Justiça Constitucional escolher como a Administração cumprirá com os seus deveres prestacionais no setor da educação.

Como expressão do pensamento desta corrente jurisprudencial, tem-se o Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 241.757¹⁰⁹⁵. Tratava-se de mandado de segurança impetrado pela Associação de Deficientes Auditivos do Maranhão – ADAMA, com o objetivo de obrigar o Município de São Luís a disponibilizar vagas na rede pública de ensino, no prazo de cinco dias, para a admissão de 373 (trezentos e setenta e três) alunos deficientes. O pedido fundamentava-se no artigo 208, III, da Constituição Federal, que estabelece o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. De forma subsidiária, pleiteou-se que o Município fosse compelido a repassar recursos públicos à associação demandante, como forma de ressarcimento pelos serviços de utilidade

entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora resida, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à reserva do possível. Doutrina”. No mesmo sentido, consultar o AgRRE 594.018, o RE 436.996, o AgRRE 677.274 e o RE 639.337.

¹⁰⁹⁵ A ementa do acórdão nº 241.757 apresenta o seguinte teor: “Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Constitucional. Administrativo. Entidade privada de assistência social. Prestação de ensino especializado. Repasse de verbas destinadas à educação. Inexistência de convênio. Impossibilidade. Ensino fundamental a portadores de deficiência. Não oferecimento pelo Poder Público. Consequência. Pagamento de despesas realizadas pela impetrante. Pretensão incabível. Súmula 269-STF. Os recursos públicos, por disposição constitucional, serão repassados às escolas públicas, podendo ser dirigidos às comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação e, ainda, que assegurem a destinação de seu patrimônio a outras instituições de idêntica natureza, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. 2. Entidade privada declarada de utilidade pública pelo Governo Federal e reconhecida como de assistência social sem fins lucrativos. Repasse de verbas destinadas à educação. Necessidade de se observar as condições impostas pela Carta da República e de estabelecer convênio com o Poder Público. 2.1. Repasse de recursos financeiros por decisão judicial. Impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se na liberdade do ente público de celebrar contratos administrativos. Direito líquido e certo. Inexistência. 3. Ensino obrigatório a portadores de deficiência. Não oferecimento do Poder Público. Consequência: imputação de responsabilidade à autoridade competente. Apuração. Necessidade de produção de provas. Mandado de Segurança. Inadequação da via eleita. 4. Comprometimento do Poder Público com o pagamento de dívida contraída por entidade privada na realização de trabalho social, de competência social. Pretensão incabível. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação de cobrança. Incidência da Súmula 269/STF. Agravo regimental não provido”. (STF, Min. Mauricio Correa, DJ de 24.04.2001).

pública, por ela prestados.

Após não obter êxito no Judiciário do Estado do Maranhão, a demanda chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio da interposição de um recurso extraordinário, o qual foi distribuído para o Ministro Maurício Corrêa. Ao examinar a demanda que discutia o dever do Estado em prestar atendimento educacional especializado para pessoas portadoras de deficiência especial, a Corte entendeu que as normas constitucionais que estabeleceram esse direito não descreviam, expressamente, o modo e o tempo para a sua esmerada execução. Nessa conformidade, em consonância ao voto do Relator, a maioria dos Ministros decidiu que os programas governamentais dependeriam de regulamentação infraconstitucional futura, não sendo cabível à Justiça determinar a forma com a qual tal política pública seria concretizada pelo Poder Público. Em seu voto, o Ministro Relator Maurício Corrêa destacou que não é possível extrair dos dispositivos constitucionais um dever jurídico que obrigue a Prefeitura Municipal de São Luiz e a Secretaria de Educação a recepcionar na rede pública, e no prazo de cinco dias, 373 (trezentos e setenta e três) alunos inscritos da Associação de Deficientes Auditivos do Maranhão - ADAMA.

De forma divergente, o Ministro Marco Aurélio destacou que, em seu entendimento, o artigo 208, inciso III da Constituição Federal constitui norma autoaplicável, sendo admissível ao Poder Judiciário determinar o acolhimento desses alunos na rede pública de ensino.

Ainda dentro dessa linha de entendimento caracterizada pela contenção judicial, há decisões no Supremo Tribunal Federal que afastam o cabimento da intervenção jurisdicional quando o Governo comprova que tem adotado providências que não sejam evidentemente inadequadas, com o propósito de concretizar os seus deveres de cunho promocional. No entendimento dos Ministros, a Corte precisa agir com cautela, para que não incorra no risco de substituir as prioridades eleitas pelo Poder Público, pelas suas próprias escolhas¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁶ Sobre o tema, ver a ADIN nº 1.698, com a ementa nos seguintes termos: “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º, 23, inc. V, 208, inc.I, e 214, inc. I, da Constituição da República. Alegada inércia atribuída ao Presidente da República para erradicar o analfabetismo no país e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. 1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade dos jovens adultos. 2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. 3. A edição da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei nº 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. 4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente”. (STF, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJ de 25.02.2010). Apesar de se tratar de ação direta de inconstitucionalidade, a sua menção se faz necessária,

No entanto, essa não é a postura atual prevalecente no Supremo Tribunal Federal. A corrente predominante mostra-se mais intervencionista em relação aos julgados que tratam das omissões estatais, na seara da educação. Para os Ministros que sustentam esse entendimento, não há óbice para que, mesmo de forma excepcional, a intervenção jurisdicional assuma uma postura mais ativa. Afinal, embora não previstas expressamente em textos constitucionais e infraconstitucionais, o Poder Judiciário poderia obrigar o Poder Público a fornecer políticas públicas que decorram de uma compreensão global do direito constitucional à educação, com o fim de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana e assegurar condições mínimas de existência aos brasileiros. O julgamento que consolidou essa postura ativista do Supremo Tribunal Federal foi o promovido no Recurso Extraordinário nº 639.337¹⁰⁹⁷.

em razão da sua frequente utilização nas defesas propostas pelos entes estatais em demandas, de caráter difuso, sobre o tema.

¹⁰⁹⁷ A ementa do referido acórdão é a seguinte: “Criança de até cinco anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida – Legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o Poder Público – doutrina – jurisprudência – obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças – educação infantil – direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) – Compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º) – Legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição – Inocorrência de transgressão ao postulado da separação dos poderes – proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das ‘escolhas trágicas’ – Reserva do Possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação ao retrocesso social – pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática – questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário-princípio ‘jura novit curia’ – invocação em sede de apelo extremo – impossibilidade – Recurso de Agravo improvido. Políticas Públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do Poder Público em tema de educação infantil: possibilidade constitucional (...) Descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional. Hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional – O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. Celso de Mello, v.g. – A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos – A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219 – 1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto aos direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas”. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29.06.2011). Contudo, não concordamos com o posicionamento adotado, nesse caso específico. Afinal, a Constituição estabelece que compete prioritariamente aos municípios o dever de atuar na educação infantil, através da disponibilização do acesso universal e gratuito à creches e pré-escolas, inclusive do transporte do educando até as unidades de ensino. Por outro lado, a Carta Magna não faz qualquer menção de que as creches e pré-escolas devam situar-se nas proximidades das residências dos alunos. Desse modo, o que o

Tratava-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público contra o Município de São Paulo, com o propósito de obrigá-lo a matricular crianças de até 05 (cinco) anos de idade em estabelecimentos de creche e de pré-escola situados nas proximidades de suas residências ou dos trabalhos dos seus pais.

O feito foi encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, tendo sido nomeado como Relator o Ministro Celso de Mello, que se manifestou pelo deferimento do pleito ministerial. Em seu entendimento, há possibilidade de o Poder Judiciário intervir em casos de omissões estatais na promoção de políticas públicas previstas na Constituição, sem que se fale em violação ao postulado da separação dos poderes. Porém, da análise integral do seu voto, não se vislumbram maiores considerações sobre o oferecimento ou não, pelo Município de São Paulo, de meios de transporte alternativos que possibilitassem os alunos e os seus responsáveis legais a terem acesso aos estabelecimentos de ensino dessa natureza, ainda que situados em bairros mais distantes dos seus domicílios ou ambientes laborais. Fato é que a discussão recaiu mais precisamente em torno da necessidade das creches e das pré-escolas localizarem-se nas proximidades das residências dos alunos ou dos trabalhos dos genitores. Segundo o entendimento do Ministro, tal dever decorre de uma análise global do direito constitucional à educação, sendo legítimo à Justiça Constitucional determinar ao Poder Público o cumprimento de prestações dessa natureza, em respeito ao mínimo existencial e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, de uma maneira geral, os fundamentos utilizados pelos Ministros nas decisões que tratam do direito à educação contêm alto grau de abstração. Não se analisa, concretamente, se está ou não a Administração realizando o direito à educação através de outras frentes de trabalho que não a requerida no pleito judicial, em exame. Não se descrevem, com clareza, os parâmetros utilizados pelo intérprete na identificação das políticas públicas extraídas dessa análise global do direito constitucional à educação, assim como não são verificados, com

legislador constituinte assegurou, expressamente, foi o direito dos alunos ao acesso à educação infantil. A escolha de como esse direito será assegurado, ou seja, se o será através de estabelecimentos localizados nas proximidades das suas residências ou através da disponibilidade de meios de transporte, constitui uma escolha dos poderes eleitos, desde que feita com razoabilidade, a depender das avaliações em torno do politicamente adequado e do financeiramente possível. Em nosso entendimento, a intervenção judicial não pode substituir essa decisão de caráter eminentemente político e de atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que não há indícios, nos autos, de violação ao mínimo existencial. Embora a decisão não analise detalhadamente as circunstâncias fáticas, não há notícias de que o serviço não estaria sendo disponibilizado aos alunos. O que consta é que a sua prestação não estava sendo feita da forma pleiteada pelo *Parquet*, ou seja, a abertura de vagas de acordo com as residências das crianças ou dos endereços profissionais dos seus pais. Mas isso, por si, não revela que os mesmos estivessem sendo submetidos a tratamento degradante ou ofensivo à sua dignidade, capazes de ensejar uma atuação concreta e imediata do Judiciário.

precisão, os critérios empregados pelos Ministros para a delimitação do núcleo mínimo de direitos que devem ser obedecidos pelos poderes constituídos.

A divergência de posicionamentos e a subjetividade da fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal também persiste quando se discute a problemática em torno da reserva do possível, dos custos dos direitos e da indisponibilidade orçamentária. A este respeito, existem julgados em que essas questões sequer são consideradas ou não aparentam ter papel relevante na fundamentação dos votos¹⁰⁹⁸.

Porém, em muitos dos acórdãos analisados, o tema chega a ser mencionado. Quando isso ocorre, a maioria dos Ministros entende que os direitos sociais, em sua dimensão prestacional, devem ser implementados de forma gradual, uma vez que dependem da disponibilidade de recursos públicos. E que para serem deferidos, os pedidos precisam ser analisados em conformidade à cláusula da reserva do possível, ou seja, devem ser razoáveis e precisam encontrar respaldo nas reservas financeiras do Poder Público¹⁰⁹⁹. Não obstante, consideram que a justificativa relacionada à teoria da reserva do possível e do custo dos direitos não constitui óbice intransponível capaz de retirar toda e qualquer efetividade dos direitos fundamentais e não pode ser aceita, quando alegada, dolosamente, pelo Estado no intuito de descumprir obrigações a ele estatuídas¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁸ Nesse sentido, destacam-se os RE 411.518 e RE 401.673. Interessante passagem nesses acórdãos foi identificada por DANIEL WEI LIANG WANG (“Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais e “reserva do possível”*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 362), em que o Ministro Marco Aurélio se refere ao argumento da reserva do possível da seguinte forma: “Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga”. No bojo da ADIN 4.167, julgada em 27.04.2011, esse debate voltou à tona, na Corte. Os Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167, em desfavor dos artigos 2º, §1º e §4º, 3º, *caput*, incisos II e III e 8º da Lei 11.738/2008, que definiu o piso nacional para os profissionais do magistério na educação básica para a jornada de trabalho de 40hs (quarenta horas) semanais e estabeleceu que somente 2/3 (dois terços) dessa carga horária poderia ser desenvolvida em contato direto com os educandos. Segundo os Requerentes, os dispositivos impugnados violavam o pacto federativo, eis que competem aos estados, através dos seus chefes do Poder Executivo e não à União, disciplinar sobre o regime jurídico dos seus servidores. Suscitaram, ainda, a cláusula da reserva do possível, alegando que a implementação desse piso nacional acarretaria impacto financeiro insuportável aos cofres públicos dos estados. Durante a prolação de seus votos, alguns Ministros entenderam que a carência de recursos não interfere no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade. Em contraponto, sobre o tema da reserva do possível, o Min. Gilmar Mendes contrariou o posicionamento do Relator, o Ministro Joaquim Barbosa, alegando que: “Não se trata de julgar procedente ou improcedente em razão da existência ou não de recursos. O que se trata de considerar é o impacto que uma dada decisão tomada pela União tem sobre os cofres públicos estaduais e municipais e qual é o reflexo do ponto de vista federativo. Esse é o debate jurídico”. (STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 24.08.2011)

¹⁰⁹⁹ No julgamento da ADIN nº 3.324, em 16.12.2004, o Min. Joaquim Barbosa, diferentemente do seu posicionamento exposto na ADIN nº 4.167, afirmou que a educação constitui um direito que se reveste da característica da escassez e que restrições orçamentárias tornam impossível ao Estado oferecê-la indistintamente a todos, em igualdade de condições. (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 05.08.2005).

¹¹⁰⁰ Como exemplo, destacam-se os seguintes acórdãos: RE 410.715, RE 436.996, RE 639.337 e

O problema é que essas considerações são feitas em caráter genérico, sem que haja uma transposição do plano abstrato às especificidades dos casos concretos. E, não costumam levar em consideração a densidade das normas constitucionais e legais que fundamentam o conteúdo das decisões, tampouco se as despesas públicas a serem geradas têm caráter obrigatório ou discricionário. De igual forma, não são verificados pela Corte se os gastos públicos pleiteados nos feitos encontram previsão prévia e específica no bojo dos expedientes orçamentários.

Pode-se afirmar que os argumentos em torno da reserva do possível, do custo dos direitos e da legalidade orçamentária não são efetivamente enfrentados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito às ações, em sede de controle difuso, no âmbito do direito fundamental à educação. Os temas de ordem financeira chegam a ser mencionados, mas trata-se, mais, de um argumento retórico, com abordagens genéricas e muito semelhantes entre si, à margem das circunstâncias concretas de cada um dos processos. Fica a impressão de que a inclusão da temática orçamental, da forma como é desenvolvida, é feita com a pretensão, apenas, de eximir os Ministros de um maior ônus argumentativo acerca da matéria.

Assim, observa-se que, no âmbito da educação, embora conscientes da relevância das questões analisadas, o Supremo Tribunal Federal não tem estabelecido parâmetros precisos e uniformes a respeito de quando e como deve o Judiciário agir. Essa problemática, por sua vez, tem sido debatida com maior profundidade na área da saúde, como veremos a seguir.

8.3.2.2 Dos casos relativos ao direito à saúde

A judicialização da saúde constitui um dos temas do direito constitucional de maior repercussão, no país. Não apenas pelo número crescente de demandas que são interpostas diariamente, perante o Judiciário, como também pelos desdobramentos produzidos nas políticas públicas selecionadas pelo Estado e pelos impactos orçamentais que dela inevitavelmente decorrem. O controle judicial nessa seara tem sido intensamente debatido nas universidades, no meio judiciário e encontra-se frequentemente presente nas pautas das agendas governamentais.

Em conformidade ao relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, apresentado

no ano de 2017, tramitavam, até 31.12.2016, nos fóruns e tribunais pátrios, o quantitativo de 1.346.931 (um milhão, trezentos e quarenta e seis mil e novecentos e trinta e uma) ações judiciais envolvendo o direito à saúde. Ademais, as despesas da União para o cumprimento das decisões judiciais, nesse segmento, sofreram um incremento de aproximadamente 726% (setecentos e vinte e seis por cento)¹¹⁰¹. Prova de que a saúde e as políticas públicas em seu entorno não andam bem, no Brasil, apesar dos dispositivos constitucionais e do arcabouço legal em relação à matéria.

Em síntese, no que pertine ao direito à saúde, a Constituição Federal disciplina que¹¹⁰²:

a) O direito à saúde é um direito fundamental de todo e qualquer cidadão, competindo ao Estado o dever de respeitá-lo, protegê-lo e promovê-lo por meio de políticas públicas que devem ser disponibilizadas à população, de forma universal e igualitária¹¹⁰³;

b) As ações e os serviços de saúde serão oferecidos através de um sistema único de que têm como diretrizes a descentralização administrativa, a integralidade de atendimento e a participação da comunidade;

c) Muitas das atribuições do sistema único de saúde encontram-se previstos na Constituição, tais como a vigilância sanitária, a vigilância epidemiológica e o saneamento básico.

Por sua vez, embora o legislador constituinte tenha estabelecido as regras gerais acerca do direito à saúde e das políticas públicas a serem disponibilizadas pelo Estado, fato é que as ações e os serviços de saúde passaram a ser regulamentados com maior precisão, por meio dos expedientes normativos infraconstitucionais. A este respeito, merece destaque a Lei nº 8.080/90 que regulamentou a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS; a Lei nº 8.142/90 que disciplinou a participação da comunidade na gestão do sistema e

¹¹⁰¹ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *STJ, STF e os critérios para o fornecimento de medicamentos, parte 1*, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acesso em: 06.09.2018.

¹¹⁰² Cf. artigo 6º, caput, e artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁰³ Para FABIO FERREIRA MAZZA (*Decisões judiciais e orçamento: Um olhar sobre a saúde pública*, Revista Direito Sanitário, v. 14, nº 03, São Paulo, nov. 2013, p. 42/65), a escassez dos recursos públicos, no país, é uma realidade. De modo que não se pode defender a ideia de que o Estado possa oferecer para todos os indivíduos, todo e qualquer serviço de saúde. O direito à saúde deve ser assegurado por meio de políticas públicas capazes de promover o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações. Outro não é o entendimento de DANIEL WEI LIANG WANG, *Escassez de Recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*, op. cit., p. 352/359.

as transferências de recursos financeiros entre os entes da federação, além da Lei Complementar nº 141/2012, que tratou dos valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em ações e serviços de saúde. Também é neste expediente normativo que se encontram definidos novos critérios de rateio dos recursos e transferências para a saúde, bem como as regras de fiscalização, avaliação e controle das despesas públicas no setor, em relação às três esferas de governo.

Dos julgados examinados¹¹⁰⁴, a maioria deles refere-se ao direito de acesso a medicamentos e tratamentos de saúde¹¹⁰⁵, mas não se verificaram demandas especificadamente em torno da qualidade e da eficiência dos serviços de saúde oferecidos pelo Estado.

Dentro dos acórdãos pesquisados, vislumbra-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal alterou-se ao longo do tempo, em relação à intensidade do controle por ele realizado nas demandas afetas ao direito fundamental à saúde.

Até meados do ano de 2007, na maioria dos casos, o direito à saúde era tratado pela Corte Constitucional como um direito fundamental subjetivo invocável pelo cidadão contra o Estado, o qual deveria ser atendido, ainda que minimamente, pelo Poder Público.

Contudo, a crítica que se faz é que, no bojo dessas decisões, não se identificavam os critérios utilizados para a delimitação dessas atividades mínimas imediatamente exigíveis, tampouco se fazia a distinção entre o grau de densidade das normas invocáveis¹¹⁰⁶. As discussões a respeito dos custos dos direitos e da reserva do possível também eram tratadas de maneira pouco detalhada, através de uma solução interpretativa de prevalência abstrata de valores previamente considerados, alheios às especificidades do caso concreto. Nessa “ponderação de interesses”, de um lado, se vislumbravam o direito à vida e o direito à saúde

¹¹⁰⁴ Foram avaliados os seguintes julgados: Pet. 1246-1, RE 271.286, RE 342.413, RE 393.175, RE 242.859, RE 267.612, RE 195.192, RE 256.327, RE 268.479, RE 255.627, RE 259.508, RE 226.835, RE 562.180, RE 657.718, RE 607.381, RE 657.718, RE 668.724, AgRRE 553.712, STA 92, STA 175, STA 178, STA 181, STA 185, STA 223, STA 238, STA 268, STA 277, SS 3231, SS 3158, SS 3183, SS 3073, SS 3205, SS 3263, SS 3231, SS 3429, SS 3452 e ADPF 45.

¹¹⁰⁵ O fornecimento de medicamentos de alto custo foi declarado como matéria de repercussão geral no bojo do RE 566.471-6, DJ de 01.10.2012. Nesse feito, discutia-se o fornecimento de medicamentos de alto custo, não previstos na Política Nacional de Medicamentos, em favor de paciente portador de doença grave e carente financeiramente. Por sua vez, o fornecimento pelo Estado de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, ainda que não de alto custo, foi declarado como matéria de repercussão geral, no âmbito do RE 657.718, DJ de 12.03.2012. Ambos os feitos são de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

¹¹⁰⁶ Nessa linha de entendimento, destacam-se os RE 271.286, ADPF 45, Pet. 1246-1, RE 259.508, RE 232.335, RE 393.175, RE 226.835 e RE 195.192.

do indivíduo e, do outro, interesses de natureza orçamentária do Estado, prevalecendo, na maioria dos casos, os primeiros em relação ao último.

Essa ponderação meramente dualista foi desenvolvida no caso paradigmático intitulado “Duchene”, datado de 1997, no bojo da Petição nº 1.246-1/97.

Tratava-se de ação interposta em favor de um indivíduo, menor impúbere, portador de síndrome de distrofia muscular de Duchene, o qual postulava um tratamento experimental, nos Estados Unidos, no importe de U\$ 63.000 (sessenta e três mil dólares). Em razão do Estado de Santa Catarina ter negado o fornecimento do tratamento pleiteado, o demandante, por meio do seu representante legal, recorreu à Justiça, tendo o caso chegado ao Supremo Tribunal Federal.

O feito foi distribuído ao Ministro Celso de Mello que determinou ao Estado de Santa Catarina o adimplemento do tratamento, ora requerido. Ao fundamentar a sua decisão, ponderou que entre assegurar o direito à vida, inviolável do indivíduo, ou fazer prevalecer um interesse financeiro do Estado, de natureza secundária, só uma opção possível restaria ao julgador e seria no sentido de resguardar a vida humana. Por esse motivo, indeferiu o recurso do Estado de Santa Catarina, sob a alegação de que sempre é preferível preservar o direito à saúde do indivíduo¹¹⁰⁷. Interessante notar que o raciocínio desenvolvido pelo Ministro colocou os direitos fundamentais à vida e à saúde e as questões de ordem financeira do Poder Público como interesses conflitantes e, até mesmo, excludentes entre si.

Entretanto, nos últimos anos, verificou-se uma maior preocupação por parte dos Ministros em estabelecer parâmetros cada vez mais uniformes e consistentes para o enfrentamento das demandas relacionadas ao tema.

A sustentabilidade do Sistema Único de Saúde - SUS e a racionalidade dos recursos públicos para o atendimento do maior número de pessoas possível passaram a compor as preocupações recorrentes dos Ministros, em seus votos. De igual forma, as consequências econômicas das decisões começaram a ser tratadas como contingências da realidade que não

¹¹⁰⁷ No seu voto, o Ministro Relator analisa a questão em torno da reserva do possível da seguinte maneira: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.02.1997). Essa passagem, aliás, é citada em inúmeras decisões da Corte Constitucional, tais como nos RE 271.286, RE 198.265, AgRg no RE 273.834 e no RE 393.175.

poderiam mais ser ignoradas ou consideradas como interesses menores do Estado¹¹⁰⁸.

Nesse sentido, é válido destacar a decisão proferida no âmbito da Suspensão de Tutela Antecipada nº 91. Tratava-se de ação civil pública proposta em desfavor do estado de Alagoas, para fins de fornecimento de medicamentos para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e de pacientes transplantados.

Diante do deferimento do pleito liminar nas instâncias anteriores, o Poder Público decidiu recorrer ao Supremo Tribunal Federal. Nessa oportunidade, o estado de Alagoas protocolou um pedido de suspensão da tutela antecipada, sob o argumento de que a manutenção do deferimento da medida cautelar provocaria lesão à economia pública do ente federado, na medida em que generalizou a obrigação de entrega de medicação pela Administração a todo e qualquer paciente transplantado e com deficiência renal crônica, independentemente de cadastro prévio. No entender da Procuradoria do Estado, a decisão liminar exigia o fornecimento de medicamentos que não competia, dentro da divisão de atribuições do Sistema Único da Saúde, ao estado de Alagoas e sim à União, eis que se tratava de remédios utilizados em tratamentos de alta complexidade, de custeio federal. Em suas alegações, o ente estadual afirmou que a ordem judicial o obrigava a entregar medicações não necessariamente previstas na Portaria do Ministério da Saúde, a toda e qualquer pessoa, mesmo sem cadastramento público, o que causaria prejuízo à sua programação orçamentária.

O pedido de suspensão foi distribuído à Ministra Ellen Gracie. Ao analisar o pedido, a Ministra Relatora defendeu que o artigo 196, da Constituição Federal de 1988 assegura o direito à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que atinjam à população como um todo e não para o atendimento de situações individualizadas¹¹⁰⁹. Em seu entendimento, a

¹¹⁰⁸ Para demonstrar a mudança no entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, destacam-se dois votos proferidos pela Min. Ellen Gracie, que trata da escassez de recursos, em momentos diferentes. No primeiro voto, proferido no ano de 2006, no Recurso Extraordinário nº 342.413, a Ministra considerou que: “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária (...) não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida” (STF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 09.11.2004). No ano de 2007, no entanto, a Ministra proferiu inúmeras decisões monocráticas, que trouxeram novas discussões em torno do tema. Ao julgar a STA 91, a então Presidente da Corte Constitucional afirmou que: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer recursos necessários à reabilitação de saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde (...)”. (STF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 05.03.2007).

¹¹⁰⁹ Em sua decisão, a Ministra Ellen Gracie disse que: “a gestão da política nacional de saúde, que é

decisão cautelar ora impugnada inviabilizava o funcionamento dos demais serviços de saúde que deviam ser ofertados aos cidadãos alagoanos. Posto isso, deferiu parcialmente o pedido, a fim de que o estado de Alagoas tivesse a responsabilidade de distribuir aos pacientes renais apenas os medicamentos que estivessem contemplados na Portaria nº 1.318, do Ministério da Saúde.

A preocupação em torno da judicialização do direito à saúde, inclusive, fez com que, no ano de 2009, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, convocasse audiências públicas com o objetivo de discutir o funcionamento do Sistema Único de Saúde e as dificuldades práticas vivenciadas no fornecimento das ações e serviços públicos desta natureza, no país.

O resultado desse trabalho refletiu-se no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175¹¹¹⁰, momento em que o próprio Ministro Relator Gilmar Mendes afirmou explicitamente ter se utilizado, na análise do caso concreto, das conclusões obtidas a partir das audiências públicas que presidiu.

O caso se referia a uma paciente de 21 anos de idade, portadora de síndrome neurodegenerativa, que buscava um tratamento não previsto nos protocolos do Sistema Único de Saúde – SUS, mas registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o qual poderia lhe proporcionar melhor qualidade de vida, além de maior sobrevida. O custo desse tratamento era de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais), por mês.

Após o deferimento do pedido liminar em instância inferior, o feito foi encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Poder Público que decidiu recorrer da decisão cautelar. O pedido de suspensão de tutela antecipada almejava impedir o fornecimento do tratamento, ora deferido.

feita de forma regionalizada, busca maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”. Em alinhamento a essa posição, tem-se o voto vencido, proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no Recurso Extraordinário nº 607.381. Esse voto, inclusive, menciona a necessidade de se observar os impactos orçamentais nas demandas de saúde, nos seguintes termos: “A interpretação do art. 196 da Constituição Federal, portanto, passa necessariamente pelo acesso universal à saúde e tendo consideração que se trata de distribuir recursos orçamentários por definição escassos. Penso que o papel do Judiciário seja o de garantir que essa distribuição seja realizada dentro dos parâmetros constitucionais e legais, garantindo, sempre que possível, a universalização do acesso à saúde. Para tanto, não pode o Judiciário – salvo em situações extremas, em que a própria vida esteja em risco – ir além da fixação de critérios para a atuação da Administração Pública, impedindo que determinados cidadãos sejam privilegiados em detrimento de outros”. Ademais, o Ministro chama a atenção de que, em seu posicionamento, não compete ao Supremo Tribunal Federal definir, de forma individualizada, como o Poder Público deve distribuir os recursos públicos separados para a saúde. (STF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 05.03.2007).

¹¹¹⁰ Cf. STA nº 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 24.06.2009, do Supremo Tribunal Federal.

No começo da sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes apontou pela necessidade de redimensionamento da judicialização da saúde, no Brasil, a fim de que não houvesse o deferimento de toda e qualquer ação de prestação da saúde. E, passou a tecer algumas considerações a respeito das cautelas judiciais que se faziam necessárias para casos como o por ele examinado. Afirmou, que quando o pleito estivesse contido em alguma política pública disponibilizada pelo Estado, deveria o ente público ser compelido a fornecê-la. Contudo, não excluiu as hipóteses de determinação judicial em desfavor do Estado, para fins de prestação de obrigação não contemplada em expedientes normativos preexistentes, a depender da urgência e da desatualização dos protocolos. Em relação ao mérito do caso concreto, ponderou os interesses em jogo e avaliou as circunstâncias fáticas. E, observou que o tratamento pleiteado não era experimental, apesar de não se encontrar previsto na lista de medicamentos do SUS. Verificou, também, que a paciente e sua família eram pessoas hipossuficientes economicamente e que a intensidade do dano seria alta, caso o medicamento não lhe fosse fornecido. Assim, com base nesses critérios, determinou o seu fornecimento pela Administração.

Essa decisão é considerada como um importante referencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, em seu bojo, o Ministro procurou estabelecer critérios predeterminados para a intervenção judicial, inclusive, nas situações em que não haja previsão de políticas públicas específicas no ordenamento. Nessas hipóteses, ficou estabelecido que os tratamentos alternativos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS devem ser priorizados quando comprovadamente eficazes ao tratamento da saúde do paciente, mas ponderou que os protocolos do sistema não são inquestionáveis, uma vez que podem estar desatualizados ou serem ineficientes ao caso específico. De outro lado, concluiu que o Estado não deveria ser compelido a fornecer tratamentos experimentais, cuja eficácia não esteja comprovada cientificamente.

A partir desse julgado, constatou-se uma forte tendência, entre os Ministros, no sentido de que os julgamentos por eles proferidos fossem realizados com maior racionalidade e baseados em parâmetros objetivos, para a promoção de segurança jurídica, em tema extremamente tormentoso e de grande apelo social.

Essa mudança de posicionamento da Corte pode ser verificada, de forma clara, no

juízo do Recurso Extraordinário nº 657.718¹¹¹¹, em que o Ministro Relator Marco Aurélio alterou o seu entendimento, no curso do feito.

Tratava-se de demanda proposta pela Defensoria Pública da União em favor de paciente renal crônica, que necessitava para o seu tratamento de saúde do medicamento denominado cloridrato de cinacalcete, não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

O feito chegou ao Supremo Tribunal Federal em 19.09.2011, tendo sido distribuído ao Ministro Marco Aurélio. Em 18.11.2011, o Pleno da Corte decidiu conferir repercussão geral ao caso. O remédio almejado pela paciente chegou a ser registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, no ano de 2013, mas não houve extinção do feito, por perda superveniente do objeto.

Em 15.09.2016, o Pleno analisou a ação pela primeira vez, tendo o Ministro Relator se manifestado pelo desprovimento do recurso da paciente. O julgamento não chegou a ser concluído, em razão de o Ministro Luís Roberto Barroso ter pedido vista. No entanto, em 18.12.2016, o Ministro Relator alterou o seu entendimento anterior, tendo como base alguns dos critérios definidos na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Em sua nova decisão, posicionou-se pela obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicação, ainda que não registrada no Brasil junto à agência competente, desde que se tratasse de fármaco possível de importação, com inexistência de produto similar no país. De igual forma, entendeu pela necessidade de comprovação da essencialidade do medicamento à preservação da saúde do paciente e pelo seu registro perante os órgãos competentes, na sua nação de origem. Ao avaliar o caso concreto, o Relator convenceu-se que se encontravam preenchidos os parâmetros por ele delineados, o que o levou a aditar o seu voto e a determinar que o Estado fornecesse à paciente o medicamento, ora pleiteado.

Apesar da decisão liminar, o Estado não cumpriu a decisão judicial proferida. Por essa razão, o Ministro Marco Aurélio impôs a aplicação de multa contra a Administração, em data de 23.05.2017. Infelizmente, a paciente faleceu no mês de dezembro de 2017, sem que tivesse recebido a medicação pleiteada.

Destarte, em vias de conclusão, percebe-se uma mudança no entendimento do

¹¹¹¹ Cf. RE nº 657.718, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 12.03.2012, do Supremo Tribunal Federal.

Supremo Tribunal Federal na seara da saúde¹¹¹². O processo ponderativo deixou de ser unicamente de natureza dicotômica (direito à vida X escassez de recursos). Os conflitos começaram a ser enfrentados como verdadeiros desacordos policêntricos, compostos por inúmeras variantes concretas que precisam ser avaliadas com mais cautela. Entre essas circunstâncias, destacam-se estar ou não o pedido contemplado nas políticas públicas já regulamentadas pelos poderes constituídos; existir ou não alternativas de tratamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS que atendam de forma eficaz os problemas de saúde do paciente; a sua hipossuficiência econômica; a gravidade da enfermidade; a iminência de risco à vida; os benefícios a serem obtidos com o fornecimento dos serviços de saúde pleiteados; os prejuízos eventualmente gerados ao sistema de saúde e o caráter experimental ou não do tratamento¹¹¹³.

Porém, os elementos acima indicados não são considerados ao mesmo tempo e da mesma forma, em todas as decisões. Os Ministros ainda não firmaram entendimento uniforme no sentido de esclarecer, com precisão, quais são os critérios que devem ser considerados, no

¹¹¹² Ainda que a pesquisa não tenha recaído sobre os julgados do Superior Tribunal de Justiça é válido destacar que essa Corte de Justiça seguiu a tendência evidenciada no Supremo Tribunal Federal, para fins de definir critérios mais objetivos, em relação às demandas de saúde. Assim, no Recurso Especial nº 1.657.156 que tinha como objeto o fornecimento pelo Estado de medicamentos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a obrigatoriedade de entrega de medicamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde depende do preenchimento de três requisitos: comprovação da necessidade da medicação pleiteada, por intermédio de laudo fundamentado e subscrito por médico do sistema público de saúde; hipossuficiência econômica do paciente e registro do medicamento perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 25.04.2018).

¹¹¹³ Nesse sentido, têm-se os seguintes precedentes: STA 178, SS 3073, SS 3263, STA 92, STA 185, SS 3205, SS 3158, SS 3183, SS 3231, SS 3429, SS 3452, STA 181 e a STA 175. Especificadamente, demonstrando a preocupação do Supremo Tribunal Federal em relação à hipossuficiência econômica do paciente, destacam-se os julgados RE 607.381, RE 657.718, RE 668.724, AgRRE 553.712, RE 271.286 e RE 393.175. Este último apresenta essa informação logo na ementa: “Pacientes com esquizofrenia paranoide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio – pessoas destituídas de recursos financeiros – direito à vida e à saúde – necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico a integridade desse direito essencial – fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes – dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, caput e 196) – precedentes (STF) – abuso do direito de recorrer – imposição de multa – recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Já no RE 668.724, o Ministro Relator Luiz Fux abordou a questão afeta à hipossuficiência da paciente e decidiu, em 16.05.2012, que: “(...) 3. É direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, acompanhamento médico e cirúrgico, quando não possuir os cidadãos meios próprios para adquiri-los. 4. Comprovada a carência de recursos da autora para arcar com o tratamento compete ao Estado fornecer os produtos indispensáveis a sua saúde. Apelações desprovidas”. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.02.2006) Ao tratar da imperatividade de fornecimento de medicamentos de alto custo, o Ministro Marco Aurélio, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 566.471 destacou que o Estado somente seria obrigado a fazê-lo quando comprovada violação ao mínimo existencial do paciente. Em seu entendimento, a violação ao mínimo existencial ocorreria quando demonstrada a imprescindibilidade do medicamento, no aspecto da eficácia e da segurança, para promover uma melhora na sua qualidade de vida ou para aumentar a sua sobrevida. De igual forma, para caracterização do mínimo existencial, a hipossuficiência econômica do requerente também deveria ser observada pelo Judiciário. (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 01.08.2011).

momento em que há a judicialização do direito à saúde. Ainda assim, é forçoso admitir um avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Afinal, os ganhos decorrentes da melhor qualidade argumentativa não podem ser desconsiderados. No que diz respeito à matéria orçamental, a sua análise não é feita com detalhamento. Tal como verificado nas demandas que envolvem o direito fundamental à educação, a Corte não costuma tratar diretamente do tema e avaliar a densidade das normas constitucionais e legais que fundamentam as suas decisões. De igual forma, não observa se as despesas públicas geradas são de caráter obrigatório ou discricionário e se os gastos públicos pleiteados nos feitos estão previstos nos expedientes orçamentários¹¹¹⁴. Assim, os temas de ordem financeira chegam a ser mencionados, mas por intermédio de abordagens genéricas e muito semelhantes entre si, à margem das circunstâncias concretas de cada um dos feitos examinados.

8.3.2.3 Dos casos relativos ao direito à moradia

O direito à moradia é considerado uma das necessidades vitais do ser humano e

¹¹¹⁴ Essa problemática foi, inclusive, objeto de questionamento pelo Poder Público, no bojo do Recurso Extraordinário nº 271.286. Tratava-se de uma ação interposta contra o Município de Porto Alegre, para fins de obtenção de medicamento para paciente soropositivo para HIV. Em suas razões recursais oferecidas perante o Supremo Tribunal Federal, o ente municipal alegou, de forma expressa, a ausência de previsão da despesa no âmbito da lei orçamentária anual. O feito foi distribuído ao Ministro Celso de Mello. O pleito estatal foi indeferido. A matéria orçamentária foi avaliada de forma genérica, em termos abstratos, tal como já vista em outros inúmeros acórdãos, conforme se verifica na ementa a seguir: “Paciente com HIV/AIDS – pessoa destituída de recursos financeiros – direito à vida e à saúde – fornecimento gratuito de medicamento – dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição Gratuita de Medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial de validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.08.2000).

encontra-se elencado no rol dos direitos fundamentais sociais dispostos na Constituição Federal de 1988¹¹¹⁵. No entanto, não se vislumbram, no texto constitucional, políticas públicas específicas para a sua implementação, as quais são previstas, em esparsos expedientes normativos infraconstitucionais, mas não com o mesmo nível de aprofundamento e universalidade verificado nos direitos à educação e à saúde.

Talvez, essa seja uma das razões pelas quais os acórdãos do Supremo Tribunal Federal relacionados ao direito à moradia sejam isolados¹¹¹⁶.

Da pesquisa realizada, constata-se que as ações submetidas ao Supremo Tribunal Federal que tratam das omissões estatais em relação ao direito fundamental à moradia pretendem compelir o Estado a arcar com despesas, tais como os chamados “aluguéis sociais”, para o atendimento de famílias carentes que tiveram as suas residências danificadas e/ou interditadas em decorrência de calamidades naturais¹¹¹⁷.

¹¹¹⁵ Cf. artigos 6º, caput, e 7º, inciso IV, ambos da Constituição Federal.

¹¹¹⁶ A respeito da realização dos deveres estatais de cunho promocional na seara do direito à moradia, destacam-se os seguintes julgados: AgRRE 708.667, AgRE 887.232, AgRE 883.742 e o AgRRE 914.634. A maioria dos precedentes do Supremo Tribunal Federal trata do tema sob outra perspectiva. O direito à moradia é invocado na discussão em torno da possibilidade de penhora de bens de família de fiadores, nos contratos de locação. Entre esses julgados, destacam-se o RE 407.688, o AI 584.436, o RE 509.594, o RE 493.738, o RE 533.128 e o RE 605.709. Esse último tratou da possibilidade de penhora de bem de família do fiador em locação comercial. Em julgamento, a Primeira Turma da Corte entendeu pela impossibilidade da penhora. (STF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 17.08.2012).

¹¹¹⁷ O debate em torno do direito à moradia também foi travado no Tribunal Constitucional da África do Sul, no *leading case* denominado “Grootboom”. Antes de adentrar, ainda que resumidamente, no mérito da questão colocada em debate na Justiça Constitucional sul-africana, deve-se destacar que, tal como na realidade brasileira, a Constituição Federal da África do Sul também dispõe de um vasto rol de direitos fundamentais, inclusive de natureza econômica e social. Contudo, diferentemente do que ocorreu com a Lei Fundamental do Brasil, na Carta Magna do país africano há menção expressa de que a realização de tais direitos está associada às possibilidades financeiras da nação, sendo, portanto, de progressiva concretização, na medida dos recursos disponíveis. Voltando-se ao caso “Grootboom”, o que se discutiu em seu âmbito foi o direito a uma moradia adequada, nos termos do que está disposto no artigo 26, da Constituição da África do Sul. Antes da interposição do feito, a Senhora Grootboom e os demais autores da ação residiam em moradias informais, em uma localidade com frequentes alagamentos, apesar de estarem inscritos em programas de habitação popular do Governo. Por este motivo, muitos dos moradores da região, inclusive a Senhora Grootboom, decidiram mudar para outro acampamento, situado em um terreno particular desocupado, mas com menos problemas de falta de drenagem. Ocorre que o proprietário do imóvel conseguiu, judicialmente, uma ordem de despejo contra essas pessoas. Sem uma residência para morar, centenas de famílias tentaram voltar para a localidade que antes habitavam, mas não obtiveram êxito, uma vez que o terreno já estava ocupado, por pessoas em igual situação de vulnerabilidade econômica. Assim, a Sra. Grootboom e os demais desalojados ajuizaram uma ação judicial, almejando a promoção do direito constitucional à habitação, tendo o caso chegado até a Suprema Corte. Em sua defesa, o Governo alegou impossibilidade financeira para o atendimento da demanda. Mas, ao decidir, o Tribunal entendeu que os autores tinham razão em seu pleito, uma vez que o programa nacional de habitação não atendia, com eficiência e em curto prazo, a situação de centenas de famílias em situação emergencial e de pobreza extrema. Declarou-se, portanto, inconstitucional a omissão estatal, considerada como desrazoável. No entanto, a Corte posicionou-se de forma cautelosa, no momento de resolver a lide, para fins de respeitar a discricionariedade política do Poder Público. Dessa feita, a Corte determinou que parcela do orçamento destinado à habitação atendesse, por meio de programas governamentais, a situação das famílias demandantes. De outro lado, optou por não interferir diretamente na forma de solução do problema. A alta cúpula da Justiça Constitucional da África

É interessante notar que o Supremo Tribunal Federal apresentava, inicialmente, um posicionamento mais contido sobre os limites da sua intervenção na realização dos deveres promocionais em relação ao direito à moradia, diferentemente dos entendimentos caracterizados por maior intervencionismo, verificados nos feitos que versavam sobre os direitos à educação e à saúde.

Nesse primeiro momento, a Corte Constitucional posicionava-se mais timidamente em relação à imposição de deveres ao Estado para a promoção do direito fundamental à moradia. O seu entendimento era no sentido de que a concretização do direito social à moradia correspondia a uma atribuição discricionária do Poder Público, não podendo o Judiciário substituí-lo nesse mister, uma vez que a ele competia apenas o papel de fiscalizar o cumprimento dos deveres prestacionais definidos previamente pelos demais poderes, em suas respectivas esferas de competência¹¹¹⁸.

Essa posição da Corte encontra-se, *mutatis mutandis*, representada no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 708.667¹¹¹⁹.

Tratava-se de Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com o objetivo de obrigar o Município de São Paulo a cumprir Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre as partes, no qual foi pactuada a retirada e a colocação em abrigo de famílias pobres, que se encontravam domiciliadas, irregularmente, em áreas consideradas de risco.

O feito chegou ao Supremo Tribunal Federal e foi distribuído ao Ministro Dias Toffoli. Ao proferir a sua decisão pelo deferimento do pleito ministerial, o Ministro Relator fez questão de deixar claro que tal obrigação recaiu sobre o Município de São Paulo, apenas em razão de o ente ter assumido o compromisso de fazê-lo, mediante a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público. O Relator ressaltou que, nesse caso, não se tratava de interferência do Judiciário no campo discricionário da Administração, pois o ente

do Sul não indicou quais eram as prestações necessárias para a elucidação do problema, tampouco como deveriam ser implementadas. Essas escolhas políticas continuaram a recair sobre o Governo. A respeito do precedente, ver CASS R. SUNSTEIN (“*Direitos sociais e econômicos? Lições da África do Sul*”, In Ingo Wolfgang Sarlet, *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 01, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 25/27) e JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, op. cit., p. 210/223.

¹¹¹⁸ Nesse sentido, tem-se o voto exarado no Recurso Extraordinário nº 407.688, pelo Ministro Relator Cezar Peluso que afirmou que: “(...) Em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia (...)”. (STF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 06.10.2006).

¹¹¹⁹ Cf. RE nº 708.667, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 16.12.2011, do Supremo Tribunal Federal.

federativo já tinha concordado em concretizar esse direito fundamental, sob as condições pactuadas com o *Parquet*.

No entanto, em meados do ano de 2015, percebeu-se uma mudança no entendimento da mais alta Corte Constitucional brasileira. Ao tratar, novamente, do direito à moradia para famílias hipossuficientes que tiveram as suas casas interditadas pelo Poder Público, diante do risco de desabamento provocado por catástrofes naturais, os Ministros começaram a apresentar uma postura diversa da exposta no Recurso Extraordinário nº 708.667.

Nessa conformidade, tem-se, por exemplo, o debate travado no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 914.634¹¹²⁰.

Tratava-se de ação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, pleiteando o direito à moradia ou o recebimento de “aluguel social” para pessoas com vulnerabilidade econômica e social, que tiveram as suas residências interditadas pelo Município de Niterói, em razão de fortes chuvas que comprometeram a segurança das suas edificações. Em razão do deferimento do pedido nas instâncias judiciais inferiores, o Município decidiu recorrer.

Ao apresentar o recurso de Agravo Regimental na Corte, a Procuradoria do Município alegou, em preliminar, ter havido violação ao artigo 97, da Constituição Federal de 1988¹¹²¹ e à Súmula nº 10, do Supremo Tribunal Federal¹¹²², uma vez que o Tribunal de origem, não declarou a inconstitucionalidade da norma, deixando de afastá-la, formalmente. De igual forma, o Município de Niterói argumentou que o pleito dos requerentes afrontava o princípio da separação dos poderes, além de comprometer as finanças públicas municipais, em inobservância ao princípio da reserva do possível. Ao final, pediu que a decisão proferida na

¹¹²⁰ O julgado possui a ementa a seguir exposta: “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito constitucional. Direto à moradia e aluguel social. Catástrofe natural. Chuvas. Interdição de imóvel. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Violação do princípio da reserva do possível. Inexistência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Não há violação do art. 97 da Constituição Federal ou da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma e sem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto. 3. Agravo regimental não provido”. (STF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 29.02.2016).

¹¹²¹ O artigo 97, da Constituição Federal de 1988 prevê que: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou, dos membros do respectivo órgão especial, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

¹¹²² A Súmula nº 10, do Supremo Tribunal Federal dispõe que: “Viola a cláusula da reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”.

instância inferior fosse reformada, para fins de indeferimento do pedido formulado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

O recurso foi distribuído ao Ministro Dias Toffoli. Ao proferir a sua decisão, em julgamento de 15.12.2015, o Relator entendeu que a atuação do Poder Judiciário se fazia legítima. O Ministro sustentou que, em situações de excepcionalidade, é permitido ao Poder Judiciário intervir e determinar que a Administração Pública adote as providências necessárias ao acautelamento de direitos reconhecidos no texto constitucional, como o direito à integridade física e à moradia digna, sem que isso caracterize violação ao postulado da separação dos poderes. Além da ausência de ingerência indevida no poder discricionário do Poder Público, o Ministro entendeu que o argumento em torno da reserva do possível não poderia ser invocado, diante do quadro de emergência evidenciado, no caso concreto. Em seu posicionamento, a “fórmula” da reserva do possível e a teoria dos custos dos direitos não poderiam ser empregadas pelo Estado, para justificar o injusto inadimplemento dos deveres estatais. Por essas razões, votou pela improcedência do recurso estatal¹¹²³. E, em conformidade ao voto do Ministro Relator, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, negou provimento ao agravo regimental.

No que diz respeito à matéria orçamental e a problemática em torno da reserva do possível, da escassez recursal e dos custos dos direitos, observa-se, mais uma vez, que tais questões são, em sua maioria, tratadas pela Corte Constitucional, de forma acessória, no plano abstrato, por meio de menções meramente genéricas, sem correlação detalhada aos

¹¹²³ Nessa linha de posicionamento, têm-se, também, as decisões monocráticas proferidas nos AgRRE 887.232 e AgRRE 883.742, pelos Ministros Rosa Weber e Gilmar Mendes, respectivamente. A decisão exarada no AgRRE 883.742 analisa a questão com uma abordagem detalhada, baseando-se na Lei nº 12.340/2010 que dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas. A ementa da decisão tem o seguinte teor: “Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Aluguel Social. Concessão. Residência da agravada interditada em decorrência de fortes chuvas pela Defesa Civil, que constatou risco de desabamento, determinando a realização de obras de estabilidade de encostas e drenagem. Antecipação de Tutela. Deferimento. Decisão de deferimento de antecipação de tutela para conceder aluguel social a pessoa cuja residência foi interditada em razão das chuvas que atingiram a cidade de Niterói, em abril de 2010. O deferimento ou indeferimento de tutela antecipada está no âmbito do convencimento do juiz, que, entretanto, deve observar a existência dos requisitos legais. Presentes, na hipótese, os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela. A parte autora, ora agravada, comprovou a interdição de sua residência através de auto de interdição trazido aos autos principais, passando a fazer jus ao recebimento de aluguel social, não havendo notícia no feito de que ela tenha recebido o benefício pretendido. Inoponível alegação de limitação de recursos se o próprio Município possui programa com o objetivo de conceder benefício da mesma natureza do requerido, havendo, ademais, solidariedade entre os entes federados pelo pagamento. Inteligência da Lei Federal nº 12.340/2010. Decisão em consonância com as Súmulas nºs 59 e 60 desta Corte, não se revelando teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos. Recurso a que se nega seguimento na forma do art.557, caput, do CPC. Decisão mantida. Desprovimento do presente agravo”.

expedientes orçamentários vigentes.

8.3.3 Análise das decisões: apreciação crítica

O estudo individualizado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve como objeto o controle abstrato de constitucionalidade do orçamento público, bem como a fiscalização, em sede difusa, das omissões do Estado no cumprimento dos seus deveres prestacionais nas searas da educação, saúde e moradia, com os seus correlatos impactos financeiros.

O propósito é investigar a forma como tem sido realizada a análise do tema orçamentar, pela Corte Constitucional. Da mesma maneira, identificar quais são os principais argumentos e contra-argumentos enfrentados, os fundamentos que baseiam as suas decisões, bem como se há similaridade de tratamento, a depender da espécie do direito fundamental envolvido. Tudo, para, ao final, diagnosticar se existem ou não parâmetros uniformes, racionais e consistentes que permitam definir os limites da intervenção jurisdicional nos casos que envolvem a inação ou atuação insuficiente do Estado, com desdobramentos orçamentários.

Em síntese, constatou-se que:

a) No campo do controle abstrato de constitucionalidade, os argumentos e contra-argumentos mais corriqueiramente enfrentados pela Corte debatem a legitimidade da Justiça Constitucional e os impactos dessa atuação na separação entre os poderes; a natureza das normas orçamentárias e os seus efeitos; a interferência da questão temporal para o julgamento das ações e as escolhas dos mecanismos processuais adequados para a análise direta das violações estatais inconstitucionais;

b) Em relação à legitimidade do Supremo Tribunal Federal para o julgamento dos temas orçamentais, prevaleceu a tese de que, salvo em situações graves e excepcionais, não se faz cabível ao Judiciário interferir nas escolhas alocativas de competência do Legislativo e do Executivo, sendo adequada uma postura deferente às capacidades legal e cognitiva destes poderes eleitos democraticamente;

c) Nos casos analisados não se verificou haver uniformidade no entendimento da Corte sobre quais seriam as situações que poderiam ser enquadradas como de gravidade e de excepcionalidade;

d) De igual forma, não restam definidos, com precisão e objetividade, os limites jurídico-constitucionais que embasariam essa atuação, a qual, inexoravelmente, produz ingerência na esfera político-financeira dos demais poderes, ainda que realizada de forma eventual e subsidiária;

e) A compreensão da Corte Constitucional em relação à natureza das normas orçamentárias foi, inicialmente, de recepcioná-las como expedientes formais, dotados apenas de aparência e formatação legislativa, sem significação jurídica. Os seus comandos corresponderiam a simples autorizações destinadas ao crivo discricionário do Poder Público, com efeitos concretos e determinados e, portanto, insuscetíveis de fiscalização abstrata. Com o tempo, o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento. Em uma posição intermediária, admitiu o controle abstrato, mas somente em relação aos dispositivos orçamentais que contivessem conteúdo geral e indeterminado. Só na última década que o seu posicionamento foi modificado. Atualmente, o orçamento é concebido como ato normativo, sujeito ao controle abstrato de constitucionalidade, independentemente dos efeitos abstratos ou concretos dos seus preceitos;

f) A posição inicial da Corte, pela impossibilidade de sujeição das leis orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade por meio das ações diretas de inconstitucionalidade, produziu desdobramentos, na esfera processual. Verificou-se um aumento do número de ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental tratando da matéria orçamentária, como forma de contornar o precedente restritivo do Supremo Tribunal Federal;

g) Ainda no campo do controle abstrato de constitucionalidade do orçamento público, pode-se afirmar que o tempo tem sido um fator determinante a essa espécie de fiscalização. O término dos efeitos da norma questionada, em decorrência do fim do exercício financeiro para o qual foi criada, gera a perda automática dos objetos debatidos nas ações. Os processos são extintos sem apreciação de mérito. Com efeito, o lapso temporal tem sido um grande empecilho à resolutividade das demandas e à pacificação dos desacordos constitucionais;

h) Apesar da temporalidade dos expedientes orçamentais e do entendimento pela prejudicialidade das ações em função do decurso prazal das suas vigências, o Supremo Tribunal Federal não estabeleceu a priorização dos julgamentos dos feitos que tratam da matéria orçamental;

i) Não é incomum que decisões monocráticas interfiram diretamente no orçamento do Estado, sem que a causa meritória seja submetida ao Pleno. Nessa conformidade, as liminares acabam se transmutando em verdadeiras sentenças definitivas, o que provoca repercussão negativa na arena política. A decisão isolada de um Ministro acaba por realizar interferências decisivas - mesmo que legítimas – no cenário orçamental, em detrimento de planejamentos administrativos e deliberações legislativas, que contam com a participação de inúmeros envolvidos;

j) O trato das omissões inconstitucionais na égide do controle abstrato de constitucionalidade não é frequente. E, quando os objetos das ações versam sobre essa temática, o instrumento processual mais comumente utilizado é a ação de descumprimento de preceito fundamental;

k) Constatou-se que a maioria das decisões em relação às omissões estatais é proferida no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, no bojo de ações individuais e não coletivas;

l) Como regra, os desacordos constitucionais que chegam ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, não contêm declarações expressas de inconstitucionalidade da omissão estatal, sob o fundamento de contrariedade à Lei Fundamental;

m) A discussão em torno da inação ou da atuação insuficiente do Estado, no controle difuso, é desenvolvida, de forma majoritária, nas ações relacionadas aos direitos fundamentais à saúde e à educação. A judicialização de demandas que buscam a concretização dos deveres prestacionais no plano do direito à moradia é diminuta;

n) A maior parte dos pedidos formulados nessas ações busca o acesso às prestações de saúde e de educação, como fornecimento de medicamentos e vagas em estabelecimentos de ensino, sem tratar da qualidade dos serviços oferecidos pelo Poder Público;

o) No que pertine à sua legitimidade democrática, o Supremo Tribunal Federal entende que a sua intervenção, nas demandas dessa natureza, não contraria a separação entre os poderes, na medida em que, ao controlar os poderes eleitos, a Corte estaria desempenhando o seu papel de guardião da Constituição Federal, conferido pelo Poder Constituinte Originário;

p) No exercício dessa atividade de controle, a Corte destaca que a implementação de políticas públicas somente se faz cabível em caráter excepcional, uma vez que compete,

primordialmente, aos Poderes Legislativo e Executivo, a função discricionária de selecionar e de concretizar os meios necessários para o atingimento dos fins constitucionais. Contudo, novamente, não há definição precisa de quando tais situações de caráter excepcional se perfazem, a ponto de justificar a intervenção do Judiciário;

q) Ao se depararem com o argumento da reserva do possível, os Ministros não questionam as suas capacidades técnicas, embora realizem, com cada vez mais frequência, audiências públicas no curso dos processos e contem com as participações de *amicus curiae*;

r) Ao avaliar as violações decorrentes de um comportamento omissivo do Estado, a Corte Constitucional, realiza ponderações entre os interesses conflitantes, os quais ainda são sopesados, majoritariamente, de forma dualista: de um lado, os direitos à vida, à saúde, à educação e à moradia e, de outro, os interesses financeiros do Estado, com prevalência dos direitos fundamentais em detrimento das questões econômicas;

s) Destaca-se que é no campo da judicialização da saúde que mais se observa uma recente preocupação dos Ministros em relação à sustentabilidade do sistema e à racionalidade dos recursos públicos para o atendimento do maior número de pessoas possível;

t) Também são nos contextos das ações de saúde que os parâmetros da atuação judicial estão mais delimitados. Entre as circunstâncias avaliadas pelos Ministros, destacam-se estar ou não o pedido contemplado nas políticas públicas já regulamentadas pelos poderes constituídos; existir ou não alternativas de tratamentos fornecidos pelo SUS que atendam de forma eficaz os problemas de saúde do paciente; a hipossuficiência econômica do paciente, a gravidade da enfermidade; a iminência de risco à vida; os benefícios a serem obtidos com o fornecimento dos serviços de saúde pleiteados; os prejuízos eventualmente gerados ao sistema e o caráter experimental do tratamento buscado;

u) Por fim, seja no controle abstrato e, principalmente no controle difuso, observa-se que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os temas de ordem financeira chegam a ser mencionados, mas não profundamente enfrentados. São abordagens genéricas e muito semelhantes entre si, à margem das circunstâncias concretas de cada um dos feitos em julgamento. Embora conscientes das suas relevâncias, a Corte Constitucional não tem estabelecido parâmetros precisos e uniformes a respeito de quando e como deve o Judiciário agir em questões que interferem decisivamente no orçamento público.

Posto isso, não é despiciendo afirmar que as conclusões mostram não ser possível

identificar, com clareza, critérios objetivos que permitam delimitar a atuação da Justiça Constitucional, nos domínios orçamentais. E, alguns fatores que contribuem para essa imprecisão não puderam passar despercebidos.

De fato, o arcabouço legislativo nacional é composto por diversos dispositivos repletos de abertura semântica, lacunas e indeterminações. No mundo contemporâneo, as relações sociais revelam-se mais complexas e dinâmicas, fenômeno que se reflete nas hipóteses de incidência das normas, as quais deixam de prever, de maneira precisa e exaustiva, soluções para as situações concretas que almeja regular e passam a fazê-lo, de forma ampla e indeterminada. Como decorrência lógica dessa nova conjuntura, recaem às Cortes, com cada vez mais frequência, o papel de delimitar, satisfatoriamente, o sentido e o alcance de um princípio ou de um postulado ou a determinação do conteúdo de um direito. Desenvolver tal múnus, com objetividade e segurança, corresponde a um dos grandes desafios do Judiciário. Logo, quanto mais abstratos os preceitos empregados, maior deve ser o esforço do intérprete em expor a sua fundamentação ao caso em exame¹¹²⁴.

Ao analisar os julgados selecionados, constata-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentam as suas decisões utilizando-se reiteradamente de conceitos abstratos, tais como “mínimo existencial”, “reserva do possível”, “teoria dos custos dos direitos” e “dignidade da pessoa humana”, sem uma delimitação jurídica mais precisa e consistente. A fragilidade na decodificação e na concretização de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados permite os seus empregos e direcionamentos para os mais variados pontos de vista. Possibilita, até mesmo, que sirvam de subterfúgios teóricos para não revelar a concepção moral e a opinião predefinida do julgador sobre o dilema a ele apresentado¹¹²⁵.

¹¹²⁴ Sobre a temática ver JOSÉ EDUARDO PAIVA MIRANDA DE SIQUEIRA, *A arbitrariedade na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, p. 45/83; VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ, *Argumentação jurídica: técnica de persuasão e lógica informal*, 6ª edição, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2015, p. 115/120 e PATRICIA PERRONE CAMPOS, *Nos bastidores do STF*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2015, p. 82/120.

¹¹²⁵ Interessante que o Código de Processo Civil enfrentou a problemática em torno da fundamentação das decisões judiciais. Em seu artigo 489, §1º e § 2º do Código de Processo Civil estabeleceu que: “§1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou às palavras de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicitar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. §2º - No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma

Dessa avaliação jurisprudencial, verifica-se, ainda, o uso indiscriminado de precedentes da Corte para justificar a decisão tomada, sem que haja a demonstração detalhada da fundada semelhança entre as premissas fáticas e jurídicas do feito, objeto de julgamento, e do caso parametrizador. Fato é que a aplicação da mesma solução para ambas as situações não pode basear-se meramente no argumento de autoridade do precedente. É necessário o desenvolvimento de uma fundamentação jurídico-constitucional adequada, capaz de demonstrar que o raciocínio e os fundamentos determinantes que consubstanciaram a primeira decisão também podem ser empregados em relação ao novo caso. Trata-se de um ônus argumentativo do qual nem mesmo a Suprema Corte nacional pode se furtar¹¹²⁶.

A Corte também não trata diretamente e com maior vagar do tema orçamental, principalmente em sede de controle difuso de constitucionalidade. Embora profira decisões com implicações alocativas, não se avalia, de forma expressa, a densidade das normas constitucionais e legais que fundamentam as suas decisões, deixando-se de observar se as despesas públicas pleiteadas são de caráter obrigatório ou discricionário. De igual forma, não há uma preocupação em detectar se os gastos públicos pleiteados estão previstos prévia e especificadamente no bojo dos expedientes orçamentários.

A prevalência abstrata dos direitos à vida, à saúde, à educação e à moradia em relação às justificativas apresentadas pelo Estado, inclusive de ordem financeiro-orçamental, desconsideram o caráter multifacetado do conflito e impedem uma análise mais cautelosa das reservas que compõem os deveres estatais correlativos a esses direitos fundamentais. Ao deixar de tecer tais considerações, com detalhamento, a Corte fragiliza a legitimidade das suas próprias decisões, suggestionando o espectador a pensar que as soluções aos casos concretos encontram-se preestabelecidas, independentemente das peculiaridades fáticas de cada um dos feitos em julgamento. Reflexo desse fenômeno são as altas taxas de sucesso das pretensões dirigidas contra o Poder Público, sendo difícil aceitar que, nesses termos, tais pontos sejam, de fato, observados e que haja uma ponderação efetiva entre os bens e os interesses concretos envolvidos na demanda.

afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

¹¹²⁶ A este respeito, JOSÉ EDUARDO PAIVA MIRANDA DE SIQUEIRA (*A arbitrariedade na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 64) descreve que o emprego do argumento de autoridade com base na jurisprudência, como *ratio decidendi* encontra um obstáculo lógico, que é a circularidade do argumento. Em seu entendimento, com o qual comungamos, o uso do precedente, sem que haja uma demonstração efetiva da semelhança entre as condições fáticas dos casos provoca uma verdadeira repetição das premissas suscitadas, de modo que a decisão acaba por se fundamentar no precedente e o precedente termina por se justificar na força da decisão.

Contudo, deve-se ressaltar que, nos últimos dez anos e, mais especificadamente em relação ao direito à saúde, vislumbra-se uma reformulação no entendimento da Corte Constitucional. As justificativas do Poder Público e as circunstâncias concretas do caso passaram a ser consideradas com maior atenção. Não se pode deixar de considerar, portanto, um avanço na jurisprudência desse Tribunal Constitucional, principalmente na seara da saúde, na medida em que questões outrora consideradas como irrelevantes, estão sendo paulatina e motivadamente avaliadas. De outro lado, no campo do debate orçamentário propriamente dito há muito a avançar.

Sem dúvida, o instituto orçamental merece ser redescoberto e melhor desbravado nas decisões judiciais que impõem o cumprimento de deveres prestacionais ao Estado. Não é possível contentar-se com a sua mera menção, apresentada de forma simplificada e em termos abstratos. A utilização do orçamento, nas fundamentações das decisões, não pode ser empregada como uma ferramenta retórica, eis que insuficiente para eximir a Justiça do seu ônus argumentativo em relação à matéria. As leis orçamentárias devem ser levadas a sério por todos os Poderes da República, inclusive pela Justiça Constitucional.

8.4 De frente para o problema: deveres promocionais, omissões estatais e orçamento público. Delimitação do grau de intensidade do controle judicial

Ao tratarmos do tema, o objetivo é delimitar os parâmetros da atuação da Justiça Constitucional ao controlar afetações a direitos fundamentais prestacionais, por inação ou atuação insuficiente do Estado. Em outras palavras, o que se pretende é definir os limites do Judiciário nessa seara, com forte potencial de ingerência nas atividades financeiras estatais.

A consideração inicial a ser feita é de que as atividades de fiscalização precisam adentrar nos territórios orçamentais, mas com uma abordagem jurídico-constitucional. Não compete ao Poder Judiciário opinar sobre as escolhas políticas, econômicas, sociais e financeiras inseridas nas políticas públicas e sobre as suas visões político-ideológicas¹¹²⁷. Esse debate deve ser restrito à deliberação democrática promovida pelos representantes eleitos.

¹¹²⁷ Concordamos com JORGE REIS NOVAIS (*Em Defesa do Tribunal Constitucional*, op. cit. p. 93) quando o constitucionalista português destaca que a preocupação do Tribunal Constitucional não é, nem pode ser, a de constatar se a solução definida pelo legislador para uma determinada questão é ou não a melhor. Ainda que considere a escolha legislativa como equivocada, que existem outras opções mais eficazes e, que se pudesse decidir teria escolhido um caminho diverso, o Judiciário não deve interceder. Para o autor, nada disso importa para as decisões judiciais, que precisam se ater a uma perspectiva jurídico-constitucional.

Sem que tais limites fiquem claros a todos os envolvidos, logo de plano, não será possível alcançar segurança jurídica, tampouco preservar o equilíbrio, tão necessário no campo das relações interinstitucionais.

Certo é que a intervenção jurisdicional na esfera das omissões estatais tem sido alvo de inúmeros questionamentos nos cenários político e jurídico. Com efeito, nesses domínios, as indagações são inúmeras e de difícil delimitação. Até onde pode o Judiciário avançar nas questões orçamentais, ao analisar a constitucionalidade de uma omissão praticada pelo Executivo? Como o Magistrado pode verificar se houve a violação de um direito fundamental, por inércia ou prestação insuficiente, sem ele próprio prescrever o conteúdo alocativo que entender mais adequado à norma impugnada?

Esses debates se devem, em grande medida, ao fato de envolverem condicionantes financeiras e orçamentárias do Estado, diferentemente do que costuma ocorrer quando o controle recai sobre um direito fundamental, em sua dimensão negativa.

Quando nos encontramos diante de uma restrição praticada pelo Poder Executivo, em desfavor de um direito fundamental em sua dimensão negativa, a análise do Judiciário observará, como regra, o direito fundamental protegido e a violação estatal praticada e avaliará se a restrição desatendeu aos princípios da proibição do excesso, da proteção da confiança, da isonomia e da dignidade da pessoa humana¹¹²⁸. A título de exemplo, imaginemos a situação em que, no curso de uma investigação criminal, o policial responsável pela sua presidência decide torturar um suspeito, a fim de obter a sua confissão sobre a prática do delito, objeto da apuração. Em assim procedendo, estará o agente público atuando de forma arbitrária, quando deveria respeitar a integridade física e psíquica do acusado. Se essa situação for encaminhada ao Judiciário, o Magistrado terá condições de julgar a afetação estatal utilizando-se dos parâmetros acima descritos, sem maiores questionamentos a respeito da sua legitimidade.

Situação diversa ocorre quando a intervenção jurisdicional incide sobre a prática de violações estatais por omissão absoluta ou parcial do Poder Público. Nesses casos, o Magistrado deverá valer-se de outros mecanismos para apurar essa espécie de afetação

¹¹²⁸ Sobre o assunto, ver JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, cit., p. 727/820. O autor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 243/278) trata do tema ao discorrer sobre o princípio do Estado de Direito, suas dimensões formais e materiais e os seus princípios concretizadores.

inconstitucional, pois, na hipótese, não se discute o excesso estatal, mas sim o seu déficit. Pensemos no seguinte exemplo, o qual poderia ter sido retirado do compêndio de jurisprudência de diversos tribunais brasileiros. Trata-se da disponibilidade de medicamento de caráter experimental e de alto custo, ainda não liberado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, portanto, não disponível nas listas de medicamentos governamentais, tampouco previsto no orçamento público. Ao determinar o seu fornecimento pelo Estado a um determinado indivíduo, o Juiz certamente produzirá com a sua decisão impactos financeiros, não previstos antecipadamente no orçamento. Nesse caso, discute-se se o Poder Judiciário deve intervir positivamente, no sentido de obrigar a Administração a entregar a medicação. Estaria ele, tão somente, suprimindo uma omissão estatal e cumprindo a Constituição ou, ao contrário, exorbitando da sua competência, direcionando as escolhas orçamentárias feitas pelos poderes democraticamente eleitos?

O que se verifica com muita frequência nos tribunais pátrios é a separação, pelo Judiciário, de apenas dois “tipos” de interesses em jogo: o direito à vida e à saúde do paciente de um lado e as possibilidades financeiras e orçamentais do Estado, de outro¹¹²⁹. Em seguida, o Magistrado compara os graus de não satisfação de um princípio e a importância da satisfação do outro, sendo majoritário na jurisprudência, o prevalecimento do primeiro sobre o segundo. Mesmo porque, colocadas as coisas nestes termos é muito difícil que o Estado consiga demonstrar que não possui recursos suficientes para fornecer uma medicação, ainda que de alto custo. Trata-se de uma equação com resultado absolutamente previsível, em que os direitos à vida e à saúde sempre vencem, em detrimento de questões consideradas de menor relevância, como as relacionadas às finanças públicas e ao orçamento.

Nesses moldes, o juízo ponderativo empregado na solução do desacordo constitucional é simplificado, abrindo-se flancos para que o julgador “maquie” os fundamentos por ele efetivamente considerados, o que não favorece em nada o convencimento dos envolvidos, além de dificultar o controle social que deve ser feito em relação às decisões judiciais.

Apesar de comum, não nos parece ser essa a construção mais adequada, pois deixa de ponderar outras peculiaridades, inclusive de cunho orçamentário, que são essenciais ao deslinde do caso concreto e que, se observadas, permitem a delimitação, com maior precisão,

¹¹²⁹ É importante destacar que a mudança de entendimento vislumbrada nos julgados do Supremo Tribunal Federal e mencionada nos itens 8.3.2.2 e 8.3.3., deste Capítulo, não tem se refletido, na mesma proporção, na maioria das decisões proferidas nos fóruns e tribunais, do país.

de quando e como a intervenção jurisdicional deve ocorrer. Por isso, antes de respondermos se deve o Juiz atender ou não ao pleito criado no exemplo acima, alguns apontamentos precisam ser desenvolvidos.

As normas constitucionais possuem densidade diferente e tal distinção dogmática repercute no campo da justiciabilidade dos direitos fundamentais. Assim, a intensidade da vinculação jurídica de um direito fundamental depende do seu conteúdo ser mais concreto ou abstrato, mais determinado ou indeterminado, ou seja, de conter densidade suficiente ou não, para, por si e sem interferência do legislador e/ou do administrador, produzir os seus efeitos essenciais¹¹³⁰.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco, a liberdade de conformação do Legislador na seleção do conteúdo das normas constitucionais será inversamente proporcional à densidade dos preceitos envolvidos¹¹³¹. Significa dizer que quanto mais indeterminados forem os dispositivos constitucionais, maior será a autonomia dos poderes constituídos para preencherem as lacunas e ambiguidades dos seus âmbitos normativos.

De fato, em relação a alguns direitos, o legislador constituinte criou normas consideradas de alta densidade, uma vez que possuem conteúdos fechados e definitivos, dos quais se extraem, claramente, os fins a serem alcançados pelo Estado, os meios pelos quais tais finalidades serão obtidas e o público-alvo destinatário¹¹³². Nessa conformidade, há uma maior determinabilidade constitucional do conteúdo do direito, a ponto de fazê-lo se impor no ordenamento, ainda que na falta de lei ou até mesmo sobrepondo-se a expedientes normativos que vierem a contrariá-lo.

No campo orçamental, as normas constitucionais dotadas de alta densidade são consideradas de cumprimento obrigatório. Significa dizer que constituem créditos

¹¹³⁰ Cf. KASUO WATANABE, “Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”, In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 220/224. Ver também INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 185.

¹¹³¹ Cf. GILMAR FERREIRA MENDES; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 78. Sobre o tema conferir, ainda, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 575/588 e CRISTINA QUEIROZ, *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra Ed., Coimbra, 2006, p. 63/65.

¹¹³² Para CARLOS BLANCO DE MORAIS, (*Justiça Constitucional, Tomo II, O Direito do Contencioso Constitucional*, op. cit., p. 522) é a “definição do objecto e modo de exercício do direito, através da lei, que atribui a um direito social soldado a uma pretensão jurídica objectiva, a natureza efectiva de direito subjectivo”. Ao analisar a Constituição Federal brasileira, o autor aponta como exemplo de direito social de aplicação imediata a garantia do décimo terceiro salário.

orçamentários imperativos, que vinculam o gestor ao texto constitucional, sendo necessário contemplá-los nas peças orçamentais, por meio de dotações suficientes capazes de torná-los realidade. Trata-se de uma opção feita pelo próprio Legislador Constituinte, que decidiu reduzir a flexibilidade orçamental em prol da concretização de determinados direitos fundamentais. Isso pode acontecer por meio da definição prévia de ações e serviços que devem ser disponibilizados à população; através da fixação de recursos mínimos que devem ser aplicados em certas funções orçamentais ou por intermédio do veto a contingenciamentos de empenho para algumas dotações.

Observam-se, por sua vez, normas de direitos fundamentais que não possuem o seu conteúdo determinado com tamanha exatidão. Há uma mera previsão geral em torno do direito fundamental a ser protegido, o que confere aos Poderes Legislativo e Executivo uma atuação com maior liberdade criativa para escolherem as políticas prioritárias; os recursos para os seus custeios; os beneficiários e os prazos para as suas realizações. Nas hipóteses de normas constitucionais de baixa densidade normativa é preciso que haja as suas complementações, por parte do Legislativo e do Executivo, uma vez que, de forma direta, não podem gerar todos os seus efeitos essenciais. Mas, uma vez complementadas, a discricionariedade na seara orçamental de ambos os poderes também resta reduzido.

Por último, há créditos que correspondem às despesas discricionárias, as quais derivam de escolhas feitas pelo Executivo e pelo Legislativo, a partir de deliberações realizadas durante o ciclo orçamental. E, possuem como fundamento legal primário os próprios expedientes orçamentais, os quais contemplam comandos autorizatórios para a concretização de gastos dentro do teto máximo disposto nas dotações a eles correlatas.

Logo, é possível afirmar que, em regra, todos os atos orçamentais, comissivos e omissivos, do Executivo estão, “em maior ou menor grau, propensos ao controle judicial¹¹³³”. Para fins meramente metodológicos, as diferenças acima podem ser sinteticamente esquematizadas através da seguinte divisão:

¹¹³³ Cf. VITOR BURGO, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, op. cit., p. 76. Ao tratar dos diferentes graus de intensidade do controle judicial, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO (*Jurisprudência da Crise. Das questões prévias às perplexidades*, op. cit., p. 67) apresenta importantes linhas diretivas: “(1ª) relativamente a posições constitucionais plenamente protegidas por regras – controle estrito; (2ª) relativamente a posições constitucionais protegidas por princípios – controlo intermédio; (3ª) relativamente a posições concretizadoras pelo legislador, no quadro da respectiva livre margem de conformação – controle de evidência, salvo violação de regras (como a da proibição do arbítrio); (4ª) relativamente a princípios estruturantes materiais como os referidos no texto (que se configuram de mais como ‘deveres’ ou ‘diretrizes dirigidas ao legislador’) – controlo de evidência, no quando de uma marcada deferência”.

a) Direitos em relação aos quais os elementos necessários para a sua implementação estão delimitados na Constituição Federal, a ponto de vincular, com precisão, a atuação dos poderes constituídos, sendo, portanto, de inclusão e de execução orçamental obrigatória;

b) Direitos cujos elementos necessários à implementação não se encontram enunciados no texto constitucional, mas que foram definidos posteriormente pelos Poderes Legislativo e Executivo, sendo igualmente de inclusão e de execução orçamental obrigatória;

c) Direitos que, embora constem no rol dos direitos fundamentais, não tiveram os comandos normativos minimamente necessários à sua implementação desenvolvidos pelo legislador constituinte, tampouco em sede infraconstitucional, pelos poderes constituídos. Estes são de inclusão e de execução orçamental discricionária.

No primeiro caso, citamos como exemplo o direito à educação básica e gratuita às pessoas entre 04 (quatro) e 17 (dezesete) anos de idade. Além de prever a finalidade – o acesso à educação básica – a Constituição definiu que o atingimento desse objetivo será alcançado por meio da gratuita disponibilização do ensino básico a todos que estiverem nessa faixa etária, fixando o percentual mínimo de recursos a serem aplicados no setor¹¹³⁴.

Trata-se, portanto, de dispositivos com alta densidade normativa que necessitam estar contemplados no orçamento e serem devidamente executados. Caso não sejam disponibilizadas vagas para que os jovens dessa faixa etária recebam, em escolas públicas, a educação básica ou, então, passem a ser cobradas mensalidades para a disponibilização desses serviços públicos, os prejudicados poderão acionar o Poder Judiciário, no sentido de obrigar o Governo a cumprir os mandamentos constitucionais. Isto porque o próprio legislador constituinte efetuou todas as ponderações possíveis de serem realizadas e criou uma norma clara, de alta densidade, de aplicação subsuntiva¹¹³⁵. Significa dizer que a norma aqui examinada é produto de uma avaliação prévia, feita pelo Poder Originário Constituinte, que engloba a reserva geral imanente de ponderação entre os bens e interesses potencialmente conflitantes, mas também as reservas do politicamente adequado e oportuno e do

¹¹³⁴ Cf. artigo 208, inciso I c/c artigo 212, caput, da Constituição Federal de 1988. Nesse último, a Constituição definiu que a União deverá aplicar, por ano, no mínimo, 18% (dezoito por cento) e, os demais entes da federação, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) de toda a receita resultante de impostos, na manutenção e no desenvolvimento do ensino. Para além do direito supramencionado, são exemplos de direitos constitucionais com alta densidade normativa os previstos nos artigos 174, 182, §4º, 184, §4º, 198, §2º, 212, 216, §6º, 218, §5º e 227, §1º, da Constituição Federal de 1988.

¹¹³⁵ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, cit., p. 190.

financeiramente possível. Em casos como esse, poderá a Administração alegar a cláusula da reserva do possível, para eximir-se de tal obrigação? Em princípio, não.

O controle judicial é feito com mais facilidade, pois a obrigação governamental está definida com objetividade. Deve o juiz fiscalizar a omissão estatal e, ao identificar uma violação do direito fundamental, determinar o cumprimento do dever de promoção, ainda que a sua decisão produza efeitos aditivos.

No segundo caso, indicamos como exemplo o direito à moradia¹¹³⁶. Embora elencado como fundamental, a Constituição não estabeleceu os meios para a sua concretização. Com o propósito de regulamentar a matéria, decidiu o legislador infraconstitucional editar a Lei nº 11.977/2009¹¹³⁷ que disciplinou o Programa “Minha Casa Minha Vida”. Diante de inúmeras políticas públicas legítimas e possíveis à concretização desse direito, o legislador, de acordo com o seu juízo de conveniência e oportunidade, priorizou a aquisição de novas unidades habitacionais e a produção ou reforma de habitações rurais para famílias com determinados rendimentos mensais.

Assim, uma vez instituído o caminho para o adimplemento de um direito fundamental, ainda que por via infraconstitucional, deve o Executivo dispô-lo no orçamento. Nestas hipóteses, poderá o Poder Judiciário intervir mais concretamente, no sentido de obrigar o Poder Público a cumprir os dispositivos legais. Tal como no primeiro caso, as alegações em torno da reserva do possível e da indisponibilidade orçamental serão aceitas, apenas, excepcionalmente, uma vez que o expediente normativo infraconstitucional disciplinou sobre as políticas públicas prioritárias no setor, bem como definiu as fontes para os custeios do programa, consagrando uma posição jurídica subjetiva aos administrados que se enquadrarem nos requisitos legais.

Por fim, poderemos analisar o terceiro caso, em que a intervenção judicial poderia ser classificada como verdadeiro ativismo judicial¹¹³⁸. Suponhamos, agora, que, apenas com

¹¹³⁶ Artigo 6º, caput, da Constituição Federal de 1988.

¹¹³⁷ Ressalta-se que a legislação mencionada não constitui o único expediente normativo sobre a matéria, mas optamos por analisá-lo em especial, a título de exemplo, pois não há condições de aprofundarmos nossos estudos sobre o acesso à moradia, no Brasil.

¹¹³⁸ Segundo ROGÉRIO GESTA LEAL (“As responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teórico-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira”. In Rogerio Gesta Leal; Mônia Clarissa Henning Leal (Orgs.), *Ativismo Judicial e Déficit Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 01/22), entende-se por ativismo judicial a intervenção do Poder Judiciário em matérias não disciplinadas pelos demais poderes estatais, definindo e determinando a execução de ações, de serviços e de políticas públicas não previstas, expressamente, na Constituição, tampouco nos textos infraconstitucionais, produzindo, assim, impactos ao erário público, através de um processo criativo

base em previsões orçamentais que visam, genericamente, ampliar as políticas públicas de acesso à moradia, uma pessoa que receba rendimentos acima do teto máximo estipulado no programa “Minha Casa, Minha Vida” acione a Justiça para ser contemplado com os mesmos benefícios previstos na Lei nº 11.977/2009. Neste caso, o desafio do Poder Judiciário é decidir se obriga o Governo a conceder ao demandante os benefícios pleiteados, amparados em enunciados constitucionais¹¹³⁹, ou se o significado normativo a ser extraído da norma suscitada deve respeitar as competências orçamentais dos demais poderes e as prioridades por eles escolhidas, a fim de não prejudicar o planejamento governamental. Esse mesmo impasse ocorre em relação ao fornecimento de medicamentos de natureza experimental.

Sem dúvida, a solução para esses casos é complexa, de modo que deve a intervenção jurisdicional ser desenvolvida de forma mais restritiva do que nos dois exemplos anteriores. Não se pode esquecer que, no que se refere às despesas discricionárias, a flexibilidade orçamental desenvolve-se com maior elasticidade, sendo necessário respeitar os espaços de reserva orçamentária legislativa e administrativa, a fim de que os poderes democraticamente eleitos possam atuar em conformidade a critérios de oportunidade e conveniência. Dito de outra forma, o Poder Público possui um dever *prima facie* de executar as políticas públicas planejadas e dispostas, de forma originária, no orçamento, mas pode não fazê-lo, desde que proceda de forma constitucionalmente justificável.

A partir das premissas iniciais, conclui-se que a intensidade do controle judicial não pode ser estabelecida, de acordo com as avaliações subjetivas dos julgadores, nos seus feudos judiciários. É imprescindível que haja efetiva transparência nas fundamentações das decisões judiciais¹¹⁴⁰. Para isso, revela-se essencial edificar critérios mínimos e racionais, que possam conferir maior previsibilidade ao controle jurídico-constitucional desenvolvido nos domínios

de interpretação constitucional.

¹¹³⁹ É relevante para a análise da questão a distinção destacada por JORGE REIS NOVAIS (*Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, op. cit., p. 137/138) sobre haver uma diferença essencial, muitas vezes não considerada pelos operadores do direito, entre um enunciado normativo e uma norma. O autor aponta que, muitas vezes, o enunciado diferencia-se do sentido normativo. Há hipóteses em que o sentido normativo é evidente, como no exemplo em que a Constituição descreve que somente pode se candidatar a Presidente da República quem tiver mais de 35 (trinta e cinco) anos. E, em outros casos não se faz possível extrair tamanha precisão. É o caso quando a mesma Constituição disciplina que todos têm direito à habitação condigna. Aqui, o sentido normativo é completamente diferente. Não é possível extrair da norma, como poderia aparentar em uma primeira leitura, o sentido de que todos os cidadãos têm o direito de conseguir do Estado uma habitação condigna. Sobre diferenças entre enunciado normativo e norma, ver também HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 18ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2018, p. 50/55.

¹¹⁴⁰ Concordamos com GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO (*O constitucionalismo dos princípios*, op. cit., p. 71/103) quando o autor aponta que se deve exigir integridade argumentativa, clareza decisória e densidade normativa das decisões exaradas pelo Poder Judiciário.

das omissões estatais e do orçamento, o qual pode e deve ser mais consistente.

8.5 Alguns parâmetros para o controle judicial das omissões estatais no âmbito dos deveres prestacionais

No ordenamento jurídico brasileiro, é inadmissível a realização de gastos públicos fora do orçamento. A Constituição Federal veda expressamente o início de programas e projetos que não estejam incluídos na lei orçamentária anual, como também a realização de despesas ou a assunção de obrigações que excedam os créditos adicionais¹¹⁴¹.

Por sua vez, no plano do controle jurisdicional das omissões, os efeitos das decisões que determinam o cumprimento de deveres prestacionais provocam custos financeiros, nem sempre planejados e/ou orçados pelo Estado.

Assim, resta impossível não questionar como deve o Judiciário proceder se o Executivo deixar de prever determinados créditos, ainda que de caráter obrigatório, na lei orçamentária. Nesta hipótese, deve a Justiça Constitucional curvar-se à escolha administrativa, ficando proibida de impor determinações alocativas por meio das suas decisões, uma vez que não previstas no orçamento? Ou, o inverso. Está a Administração isenta de cumprir com a legalidade orçamentária, por força de uma decisão judicial, recebendo, do Judiciário um salvo-conduto para realizar um gasto público, ainda que sem amparo orçamentário?

E as dúvidas não param por aí. Imaginemos o caso de ter sido o crédito incluído na peça orçamental, mas de forma insatisfatória. Aqui, tem a Justiça mais liberdade para intervir, uma vez que há prévia disposição orçamental?

O que se verifica, em princípio, é um aparente dilema entre o direito fundamental promocional previsto na ordem jurídica, com maior ou menor densidade, e o eventual óbice orçamental¹¹⁴². Nessa conformidade, é preciso aprofundar a análise da temática, a fim de

¹¹⁴¹ Cf. artigo 167, incisos I e II da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁴² Este tema já foi, inclusive, levado até o Supremo Tribunal Federal, em outras oportunidades. Na Petição nº 2.836, o Ministro Carlos Velloso concedeu efeito suspensivo em desfavor de decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que determinava que, no prazo de trinta dias, fosse garantida a gratuidade e o atendimento de crianças de 0 (zero) a 06 (seis) anos em creches e, no prazo de um ano, que o número de vagas fosse aumentado, a fim de atender 100% (cem por cento) da demanda existente. No entender do Ministro Relator, a decisão contrariou as normas constitucionais, pois acarretou a realização de despesas sem a devida autorização orçamentária. (STF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 05.12.2002) De outro lado, no bojo da Petição nº 1.246-1, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o entendimento foi diverso. Em breve resumo, o caso se iniciou através de uma ação cautelar proposta por J.B.G.C. em desfavor do estado de Santa Catarina, com o objetivo de receber tratamento experimental no exterior. A liminar foi concedida em primeira instância. Enquanto o feito tramitava

elucidar qual direção deve tomar a decisão judicial.

Como visto em passagens anteriores, o ciclo orçamental constitui um processo dinâmico e cíclico, repleto de desdobramentos. Há análises detalhadas, efetuadas por equipes multidisciplinares, para que nada que seja importante fique de fora do orçamento público. Para que nenhum direito contemplado pelo Parlamento deixe de encontrar amparo no orçamento.

Isso porque o produto das deliberações e decisões tomadas pelo Poder Legislativo não pode ser renegado, pelo Executivo, ao esquecimento, sob pena de intolerável afronta ao princípio da separação dos poderes. As leis não constituem um detalhe meramente acessório, que podem ou não ter acolhimento pelo Poder Executivo, de acordo com a sua discricionariedade orçamental. Está-se a falar de opções políticas feitas pelo Parlamento, ou seja, de escolhas tomadas por centenas de pessoas que o compõem e representam a sociedade brasileira. Pensamento diverso comprometeria a harmonia entre os Poderes da República e colocaria o Governo em uma posição de protagonismo exacerbado e, porque não dizer, arbitrário, em absoluta incompatibilidade ao Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é preciso ter cuidado para que não haja a indevida e artificiosa manipulação do orçamento por parte da Administração, em favor de interesses não claramente delineados e sem respaldo constitucional. E é justamente para impedir a inércia governamental deliberada, para reequilibrar as relações entre os poderes e para coibir as violações inconstitucionais, que a atuação do Judiciário revela-se fundamental.

Frise-se que o Executivo terá dificuldades para justificar a inexistência de previsão orçamental ou a disponibilização insuficiente de recursos em relação a direitos fundamentais que receberam disciplina constitucional ou legal inequívoca. Mas, em certas situações de excepcionalidade, a Administração pode ter explicações para a ausência, total ou parcial, de disposição orçamental. Seria o caso, por exemplo, de um expediente legislativo que entrou em

no Tribunal de Justiça, a Magistrada determinou o bloqueio do valor necessário ao tratamento, a fim de que o ente estatal determinasse o seu pagamento, em 48 (quarenta e oito) horas. Por esse motivo, o estado de Santa Catarina pleiteou, junto ao Supremo Tribunal Federal, a suspensão da liminar deferida, sob a alegação de violação dos artigos 37, 100 e 167, da Constituição Federal de 1988. O fundamento principal era de que a determinação judicial descumpria o princípio da legalidade orçamentária, uma vez que tais despesas não tinham sido previstas antecipadamente na lei orçamentária anual. O Ministro Relator, no entanto, confirmou a decisão de primeiro grau e manteve o bloqueio, sob o argumento de que o direito à vida e à saúde do paciente deveria se sobrepor ao interesse financeiro do Estado. De outro lado, ao decidir, o Pleno da Corte entendeu que tal tema não deveria ser enfrentado por meio do instrumento de suspensão de segurança, deixando de analisar o mérito do pedido. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.02.1997)

vigência logo após o término do prazo para o encaminhamento da lei orçamentária ao Parlamento, sem que tenha havido tempo hábil para a sua escoreita inclusão, pelo Executivo. Nesta hipótese, por força da flexibilidade inerente à atividade financeiro-administrativa do Governo, há possibilidade de que os gastos decorrentes dessa nova lei recebam tratamento compatível com as regras orçamentais, por meio de procedimentos específicos, como a abertura de créditos adicionais. Certo é que a superação da inércia ou da insuficiência orçamentária não pode ser feita à margem do Parlamento e das regras e instrumentos adequados previstos no sistema orçamental.

Destarte, se essa conformação procedimental é possível entre o Executivo e o Legislativo, também o é entre o primeiro e o Judiciário. Logo, a conclusão inicial a ser extraída é no sentido de que a intervenção jurisdicional é possível, ainda que seus efeitos acarretem custos não orçados pelo legislador e pelo administrador¹¹⁴³. Não obstante, é preciso ter cautela¹¹⁴⁴. Não se está a afirmar que a ausência ou a previsão orçamentária insuficiente configuram informações desnecessárias ou até mesmo irrelevantes para o controle jurisdicional. A intensidade e a modulação dos efeitos desta fiscalização variam significativamente a depender da omissão, total ou parcial, orçamentária.

¹¹⁴³ Essa discussão chegou até o Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 643. Na oportunidade, analisou-se a constitucionalidade do artigo 3º, *caput* e parágrafo primeiro, do Decreto nº 430/1992. Esse dispositivo estabelecia que os gestores estavam desincumbidos de cumprir decisões judiciais, desde que não houvesse previsão orçamentária para os gastos públicos delas decorrentes, sob pena de violação do artigo 315, *caput*, do Código Penal. Esse artigo estabelece como delito a conduta de dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei. Ao decidir, o Ministro Eros Grau sustentou que a ausência de previsão orçamental não desonera a Administração do dever de cumprir as determinações judiciais, cabendo-lhe realizar a suplementação dos recursos que se fizerem necessários. Por essa razão, declarou inconstitucional o dispositivo guerreado. Em posicionamento vencido, o Ministro Ilmar Galvão defendeu que o dispositivo, objeto do controle de constitucionalidade, descrevia uma obviedade, na medida em que nenhuma despesa, por mais legítima que fosse, poderia ser executada sem previsão orçamental, ainda que por força de determinação judicial. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.04.1992)

¹¹⁴⁴ Segundo RICARDO LOBO TORRES (“*O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2ª edição, Livraria do Advogado Ed., Porto Alegre, 2013, p. 75/76), a lacuna orçamentária decorrente da inércia do Poder Público não pode se sobrepor, com fundamento no princípio da reserva do orçamento, a regras constitucionais. Se não houver dotação orçamentária, há caminhos que podem contornar o problema, como a abertura de créditos adicionais. No entanto, trata-se de atos orçamentários que cabem aos poderes políticos e não ao Poder Judiciário. A respeito do papel da Justiça Constitucional no controle das omissões estatais, CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça Constitucional, Tomo II*, op. cit., p. 523) afirma que: “É duvidoso sob um ponto de vista constitucional que os tribunais comuns, sob pretexto de suprirem omissões ditas inconstitucionais, possam proceder à definição de políticas públicas alternativas às do legislador e da administração. Não havendo lei e não enunciando as normas programáticas direitos subjectivos ‘a se’ não parece que os tribunais comuns possam criar, eles próprios, esses direitos, construindo ‘ad casum’ a norma em falta e dando execução à prestação correspondente (...) Na medida em que decida suprir critérios já definidos pelo legislador e tome o lugar da administração na tomada das decisões concretas sobre prestações, à margem das leis, planos e regulamentos existentes que frequentemente ignora, o judiciário arrisca-se, como alguém afirmou, a perder o seu estatuto constitucional de imparcialidade e passa a actuar como um ‘player’ interessado no processo, como um decisor de políticas públicas desprovido de mandato democrático”.

Para além da necessidade de avaliar o grau de densidade das normas constitucionais e legais que fundamentam as suas decisões e observar se os gastos públicos pleiteados são de carácter obrigatório ou discricionário¹¹⁴⁵, é preciso que o julgador, também e conjuntamente, verifique se os gastos a serem gerados encontram-se ou não previstos, antecipadamente, nos expedientes orçamentários.

As hipóteses de ausência ou de insuficiência de previsão podem ocorrer tanto em relação aos gastos obrigatórios, como em relação às despesas discricionárias. A depender da natureza do dispêndio pleiteado no bojo da ação judicial, a omissão governamental é mais ou menos justificável. Porém, quando um dever estatal prestacional estiver consagrado expressamente, em termos claros e objetivos, na Constituição Federal ou no ordenamento infraconstitucional, o esforço da Administração para justificar a inexistência de sua previsão orçamental ou a sua disposição deficitária, será certamente maior.

Com efeito, cada justificativa deve ser avaliada, pelo Poder Judiciário, individualmente, diante das circunstâncias concretas. Não são admissíveis alegações estatais excessivamente genéricas e evasivas, como ocorre quando há o emprego indiscriminado da teoria da reserva do possível e do princípio da reserva orçamentária. De igual forma, as deliberações judiciais também não podem se restringir a utilização de “chavões” argumentativos, sem conferir, ao caso específico, um tratamento constitucionalmente adequado e expressamente detalhado. Para que o julgador possa exercer o seu controle, deverá efetivamente aferir a pertinência jurídico-constitucional de cada uma das justificativas apresentadas pelo Poder Público.

Na realidade, as alegações estatais no feito são essenciais e, mais, imperativas. Não se pode conceber um Estado de Direito em que o Executivo não esteja comprometido com o dever de informar e de motivar tanto o agir, como o não agir administrativo¹¹⁴⁶. Os

¹¹⁴⁵ Para FERNANDO FACURY SCAFF (*Liberdade do legislador orçamentário e não afetação – captura versus garantia dos direitos sociais*, op. cit., p. 156) consideram-se gastos obrigatórios os que tornam imperativa a concretização de uma despesa, sem que necessariamente haja recursos expressamente vinculados, pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional, para as suas operacionalizações. Os seus custos devem ser necessariamente previstos no bojo dos expedientes orçamentais.

¹¹⁴⁶ A este respeito, RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO (*“Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública”*, In Cristiana Fortini, Julio Cezar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias, *Políticas Públicas: Possibilidades e Limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 293/343) entende que é por meio da motivação que se faz possível avaliar a razoabilidade do motivo invocado perante a norma incidente no caso concreto; a moralidade de cada opção estatal e a boa-fé objetiva da Administração. Ver, ainda, DENISE LUCENA CAVALCANTE (*“Portal de Finanças e Princípio da Publicidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”*, In Marcus Livio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres, *Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 123/135); HELENO

comportamentos dos agentes públicos devem pautar-se pelos mandamentos e objetivos constitucionais. A existência de uma determinada flexibilidade administrativo-orçamental pertencente ao gestor não é - e nem pode ser - incompatível com a ordem jurídica. A transparência é um valor inexorável à gestão pública.

De onde se conclui que, ao apresentar as suas justificativas, o Poder Público deve motivá-las de forma congruente, clara e suficiente¹¹⁴⁷. Há necessidade de existir uma correlação lógica entre as escolhas selecionadas pela Administração Pública e os motivos e normas por ela invocadas. As razões necessitam explicitar todo o processo lógico que orientou a decisão adotada pelo Governo e não serem extremamente abertas e indeterminadas, capazes de serem utilizadas para a defesa de qualquer situação. É defeso ao Executivo alegar a mera impossibilidade financeira para o atendimento de determinada prestação, diante da ausência ou da insuficiência de previsão orçamental. A ele recai o dever de explicar os motivos concretos que o levaram a não orçar certa despesa ou ao fazê-lo, de forma deficiente. Somente assim se poderá aferir se a dificuldade financeira eventualmente suscitada pelo Estado é relevante ou se houve comprometimento, indevido, dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, a exemplo dos princípios da isonomia, da proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana e da proibição do déficit.

Nesse contexto de *accountability*, em sede judicial, é importante frisar que o que se pretende não é exigir do Estado provas acerca da existência ou não de recursos para financiar as pretensões formuladas, eis que recursos existem, assim como mecanismos para a sua disponibilidade orçamentária. O Estado Brasileiro vivencia uma situação de escassez moderada de recursos e não absoluta. Por essa razão, o encargo do Governo é, a nosso ver, de

TAVEIRA TORRES (*Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*, op. cit., p. 136/138); DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Transição Constitucional: pela estabilidade democrática*, Revista Forense, v. 84, nº304, Rio de Janeiro, out/dez, 1988, p. 64) e MARCUS ABRAHAM (*Curso de direito financeiro brasileiro*, op. cit., p. 56). Para o último, o acesso e a participação da sociedade em relação à arrecadação financeira e à realização das despesas públicas pode ocorrer, nos seguintes termos: a) programas de educação fiscal aos cidadãos; b) incentivo à participação popular na elaboração das peças orçamentárias, inclusive com a realização de audiências públicas; c) ampla divulgação dos relatórios, pareceres e demais documentos da gestão fiscal; d) disponibilização e publicidade das contas dos administradores durante todo o exercício financeiro; e) emissão de relatórios periódicos de gestão fiscal e de execução orçamentária e f) legitimação para o cidadão denunciar aos órgãos competentes irregularidades nas contas públicas.

¹¹⁴⁷ Sobre o tema, ROGÉRIO GESTA LEAL (*Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 110/113) ressalta que o Estado tem contribuído de forma pouco significativa para a análise de demandas judiciais que envolvam prestações de direitos sociais, na medida em que não se defende de forma eficaz; não demonstra, através de elementos probatórios, a relevância da cláusula da reserva do possível por ele alegada. Para o autor, ao não indicar precisamente as repercussões que podem ser geradas ao planejamento governamental com eventual deferimento da ação judicial, o Estado contribui para que haja uma sangria no erário público, provocada por reiteradas decisões judiciais com efeitos aditivos, causadoras de graves impactos na gestão orçamental.

outra natureza. Recai sobre ele o ônus de demonstrar a efetiva existência, bem como a relevância das dificuldades por ele apresentadas¹¹⁴⁸, a fim de não poder ceder ao pleito, tanto na esfera do controle abstrato de constitucionalidade, como no âmbito difuso.

Ainda que seja impossível prever todas as hipóteses de defesas a serem suscitadas pelo Estado, uma vez que o direito não é uma ciência exata, resumiremos em quatro grupos as alegações governamentais mais utilizadas pela Administração, nos aproveitando, inclusive, do estudo de jurisprudência desenvolvido neste capítulo, sempre com a intenção de delimitar os parâmetros da atuação judicial. São elas:

a) Ao se defender, a Administração informa e comprova que a omissão suscitada inexistente, devendo o pleito ser indeferido;

b) Ao se defender, o Executivo confirma a omissão, mas oferece alternativas que atendam, eficazmente, a pretensão do autor. Isso se verifica, com frequência, no campo do controle difuso, nos casos de fornecimento de medicamentos na área da saúde, em que o Poder Público informa que possui na sua listagem de medicamentos um remédio diverso do pretendido, mas com eficácia terapêutica idêntica ao do medicamento requerido pelo demandante. Nessas situações, deve a opção estatal apresentada ser priorizada pelo Judiciário, salvo se comprovado que a alternativa não atende adequadamente ao demandante;

c) De igual forma, o Poder Público pode dizer que não está prestando o serviço pleiteado, tampouco dispõe de alternativas, mas informar que voluntariamente pretende atender ao pedido dentro de um prazo razoável. Nesses casos, se a urgência do pedido for compatível com o prazo sugerido, deve prevalecer a justificativa apresentada pelo ente estatal. Contudo, após conceder o prazo pleiteado, a autoridade judicial deve fiscalizar se o problema foi, de fato, solucionado pelo Poder Público no tempo acordado e se o meio escolhido não foi evidentemente ilegítimo e/ou ineficiente, além de ser necessário observar o atendimento aos procedimentos orçamentais.

d) Por fim, ao se defender a Administração pode justificar o descumprimento do dever promocional em face da cláusula da reserva do possível, gerada pela ausência de

¹¹⁴⁸ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, op. cit., p. 116/117. Sobre a temática, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (*Em torno da 'reserva do possível'*, op. cit., p. 161) analisa que a existência de recursos públicos não pode ser feita, tal como se faz com um ente privado. O saldo na conta do Tesouro não é como um saldo bancário de um particular. Exato, preciso, tampouco está disponível para ser usado de qualquer maneira. Trata-se sempre de uma abertura de crédito que pode ser manuseado segundo as normas orçamentárias e só por elas ele realmente existe.

razoabilidade da pretensão formulada pelo autor; pela indisponibilidade fática ou, então jurídica.

Em torno da reserva do possível, passaremos a analisar, com mais vagar, as justificativas apresentadas pelo ente estatal, para que se possa, a seguir, definir os limites da intervenção jurisdicional.

Há casos em que o Executivo informa que não atenderá ao pedido formulado na inicial, haja vista que a interpretação que o autor da ação confere ao seu direito extrapola aos limites do razoável. Essa discussão é desenvolvida, com frequência, nos casos em que se busca o fornecimento de um remédio de alto custo, cuja eficácia terapêutica é experimental, não tendo sido comprovada cientificamente, inclusive no seu país de origem. A Administração sustenta que ceder a pleitos dessa natureza acarreta impacto aos cofres públicos, e, mais do que isso, obriga o Estado a promover prestações claramente desproporcionais, cujos benefícios a serem usufruídos pelo acionante são incertos se comparados aos reais prejuízos causados à coletividade, usuária dos serviços públicos. Verificada a falta de razoabilidade do pedido, deve o Judiciário indeferi-lo.

Pode, também, o Poder Público alegar que não atenderá ao pedido por escassez ou insuficiência real do bem pretendido, tal como ocorre quando se requer a realização de um transplante, mas o órgão a ser transplantado não se encontra disponível. Verificando-se que a indisponibilidade do bem não foi gerada por responsabilidade direta do Estado, deve a justificativa estatal prevalecer e o pleito ser indeferido.

Em ambos os casos, o cerne da discussão não é propriamente a impossibilidade financeira do Estado e os seus óbices orçamentários. Ocorre que são justamente nestes domínios que as alegações em torno da reserva do possível são mais comuns.

Os deveres prestacionais do Estado, em regra, têm concretização paulatina e possuem implicações financeiras, devendo ser concebidos como deveres à medida do financeiramente possível. Por essa razão, na prática, quando a Administração suscita a cláusula da reserva do possível, costuma fazê-lo, sob o seu viés financeiro, justificando o não atendimento do pedido por indisponibilidade jurídica de recursos, tal como acontece quando há inexistência de previsão orçamentária para a realização da despesa pleiteada ou quando a prestação está disposta, mas com dotações deficitárias.

Com o objetivo de delimitar o estudo desenvolvido nesta investigação, serão

divididas as análises referentes à indisponibilidade jurídica, de acordo com as seguintes especificações metodológicas: ausência de previsão orçamentária; insuficiência de previsão orçamentária e violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

8.5.1 Da ausência de previsão orçamentária

Não é incomum a Administração negar-se a cumprir determinada prestação, sob o pretexto de que não há alocação específica orçamentária para tal finalidade. Ao fazê-lo, o que o Estado pretende é justificar a sua omissão, alegando óbice financeiro, uma vez que a Constituição veda o início de programas e projetos que não estejam incluídos na lei orçamentária anual, como também a realização de despesas ou a assunção de obrigações que excedam os créditos adicionais.

No Brasil, as leis orçamentárias costumam prever os recursos públicos genericamente, atrelando-os mais aos fins pretendidos pelo Estado do que propriamente aos meios específicos para alcançá-los ou dispondo sobre esses meios de forma ampla, sem maiores descrições. É claro que alguma dose de indeterminação é compreensível, uma vez que dificilmente o legislador será capaz de prescrever, de forma antecipada, todas as despesas futuras da Administração. Por outro lado, o que se vê, no país, é algo assustador. Há uma quantidade bastante significativa de programas e ações com demasiado grau de indeterminação, capazes de absorver toda e qualquer iniciativa administrativa, em grave prejuízo ao controle do orçamento e em oposição ao princípio da transparência. Por essa razão, fica difícil saber quais condutas estatais são efetivamente contempladas com os recursos orçados.

O outro lado da moeda de tal disfunção é que, se não há indicação detalhada sobre as prestações estatais, em tese, também não há proibição para a realização de determinada pretensão, a qual pode facilmente ser enquadrada em umas previsões orçamentárias gerais. E, como há recursos alocados para essas disposições, o Governo não poderá, ao menos em princípio, sustentar indisponibilidade jurídica, uma vez que não demonstrou que estará se utilizando do erário público para atender a outras finalidades de igual amparo constitucional. Se a Administração não informar ao Juiz que, por razões relevantes e específicas, não poderá ceder à pretensão em exame, a mera alegação em torno da reserva do possível poderá ser utilizada inclusive em seu desfavor.

Situação diversa ocorre quando a Administração alega a indisponibilidade orçamental, mas não o faz genericamente. Em sua defesa, o Poder Público pode sustentar que deixou de atender ao pedido do requerente por ausência de previsão orçamental, mas demonstrar que o direito fundamental demandado está sendo contemplado por intermédio de outros programas e ações que escolheu como prioritários. E que o acolhimento da pretensão individual poderia, nesse momento, prejudicar o planejamento governamental e acarretar impactos significativos às finanças públicas, além de incitar terceiras pessoas que estejam em igualdade de condições a também exigirem prestações idênticas, impossíveis de serem suportadas pelo erário público.

Nessas hipóteses, é preciso atenção para um detalhe que se revela crucial. É necessário verificar se a norma constitucional e/ou infraconstitucional que fundamenta o pleito é objetiva e inequívoca, contendo alto grau de densidade, a ponto de criar um direito subjetivo ao postulante. Em outras palavras, deve-se observar se o gasto pleiteado pode ser considerado de natureza obrigatória, a ponto de vincular o Poder Público ao seu cumprimento, nos moldes pleiteados pelo requerente. Em caso positivo, a intervenção jurisdicional será cabível e deve ser exercida de forma assertiva, para compelir o Estado a adimplir com o seu dever promocional, ainda que haja possibilidade de modular os efeitos das decisões decorrentes deste controle.

A depender da situação em exame, é recomendável que o Judiciário conceda um prazo razoável ao Estado para o cumprimento da decisão judicial, de modo a possibilitar a inclusão da despesa respectiva, no orçamento do exercício financeiro seguinte¹¹⁴⁹. Isso porque

¹¹⁴⁹ Neste sentido, destaca-se o Recurso Especial nº 493.811, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, com relatoria da Ministra Eliana Calmon. Tratava-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de Santos, sob a alegação de que o Conselho Municipal da Criança e do Adolescente – CMDCA baixou a Resolução Normativa nº 04/97, deliberando sobre a necessidade de criação de programas estatais de atendimento a alcoólatras e toxicômanos. O *Parquet* alegou que restaram infrutíferas as negociações extrajudiciais com o Poder Público, razão pela qual interpôs a ação, a fim de compelir o Município de Santos a inserir no plano plurianual e na lei orçamentária anual, recursos com destinação privilegiada para o programa. Em sua defesa, o ente municipal alegou, genericamente, falta de recursos, além de ausência de previsão orçamental para a concretização do gasto público. Ao decidir, a Ministra Relatora, juntamente com a maioria dos Ministros da 2ª Turma, deferiu o pleito ministerial. Em sua fundamentação, sustentou que a decisão sobre a instituição do programa ocorreu de forma clara, através de órgão deliberativo competente, sendo de cumprimento obrigatório. Aduziu, ainda, que a previsão dos recursos necessários à implementação do programa poderia ocorrer através do orçamento seguinte. A ementa possui os seguintes termos: “Administrativo e Processo Civil – ação civil pública – ato administrativo discricionário: Nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. Recurso Especial provido”. (STJ, Rel. Min. Eliana Calmon,

os orçamentos públicos são a linha mestra do sistema financeiro arquitetado pelo Legislador Originário e tem como principal propósito promover a programação e o controle escorreitos do gasto público.

Contudo, não se pode confundir. Diferir o cumprimento de uma obrigação constitucional não é a mesma coisa que aceitar a inércia estatal ou tolerar comportamentos arbitrários. Conceder um prazo razoável para que a Administração, por meio da sua equipe multidisciplinar, remaneje as suas políticas alocativas é reconhecer a complexidade dos arranjos governamentais, bem como a limitação recursal moderada do Estado, a qual constitui uma realidade marcante, principalmente em uma situação de crise econômica, como a vivenciada, atualmente, no país. Determinar ao Estado que faça registrar no próximo projeto orçamentário a verba necessária para o adimplemento da obrigação e exigir o seu fiel cumprimento constitui uma postura menos invasiva por parte do Poder Judiciário, cabível, evidentemente, desde que as circunstâncias do caso concreto assim permitam.

Independentemente da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão judicial, fato é que em relação às despesas obrigatórias não há o que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes e em indevida intromissão do Judiciário no orçamento. Isso porque foram os próprios poderes democraticamente eleitos que, de forma originária ou derivada, elegeram os fins e os meios para a realização de políticas públicas selecionadas por eles como prioritárias, a ponto de estabelecer a obrigatoriedade do crédito orçamentário.

Assinala-se que mesmo de caráter obrigatório, é importante que o Judiciário respeite os limites da solução normativa contidos no dispositivo constitucional ou legal autoaplicável. Em outros termos, o que se está a dizer é que se a norma geradora da prestação contiver os elementos mínimos necessários para vincular a atuação dos poderes constituídos, mas não dispor de todos os seus condicionantes, não será o Poder Judiciário quem poderá decidir sobre a melhor forma de concretização do direito fundamental.

Imaginemos a situação em que o Ministério Público ajuíza uma ação civil pública perante o Poder Judiciário, com o objetivo de assegurar a qualidade nos serviços educacionais prestados para um determinado grupo de crianças, moradoras de uma cidade do interior, cujas famílias residam em um povoado distante do centro. Em virtude da localidade não ser assistida por escolas da rede pública, essas crianças, estudantes do ensino fundamental,

precisam permanecer por cerca de quatro horas no ônibus escolar para se deslocarem até a escola municipal mais próxima. Por essa razão, o *Parquet* decide judicializar a questão, a fim de que o Município seja compelido a realizar as matrículas dos estudantes em uma escola particular, mais próxima das suas residências, até a construção de um colégio nas imediações da localidade em que moram, no prazo de 60 (sessenta) dias. Ao analisar o pleito, o magistrado recebe relatórios do Conselho Tutelar e do Núcleo Psicopedagógico da escola, que atestam o tempo de deslocamento e o baixo desempenho dos alunos, tendo como principal causa os seus cansaços. Ao se defender, a Procuradoria Jurídica municipal informa que disponibilizou as vagas e os transportes ao grupo de crianças e que vem cumprindo com os investimentos no segmento de educação, em conformidade ao percentual constitucional. Alega, também, impossibilidade jurídica de atender ao pleito ministerial, por inexistirem inscrições dessas despesas na lei orçamentária anual. Ao decidir, o magistrado defere o pleito formulado pelo Ministério Público, em todos os seus termos, sob a fundamentação de que o direito à educação fundamental possui assento constitucional, sendo a obrigação estatal pleiteada de cumprimento obrigatório pela Administração. Diante do caso, resta saber se intervenção judicial foi ou não adequada.

Com efeito, a Constituição Federal assegura às crianças, de forma gratuita, o direito ao ensino fundamental. Apesar de matriculados, o deslocamento diário imposto aos infantes compromete as suas produtividades. De modo que o dever prestacional do Estado não está sendo cumprido, a contento, em seu aspecto substancial. Tanto que o Magistrado declarou, com acerto, a violação inconstitucional. Por sua vez, poderia o Magistrado decidir a melhor solução para tal distorção? Em nosso entendimento, a resposta somente pode ser negativa. Trata-se de uma escolha que pertence ao Executivo. A ele é assegurada uma margem de discricionariedade para selecionar, entre as alternativas possíveis, a melhor forma de resolver a questão, desde que o faça, com celeridade, de forma lícita, legítima, econômica e mediante o atendimento das formalidades orçamentais. Certo é que existe mais de um meio apto e eficaz para a solução do dilema jurídico-constitucional exposto, sem prejudicar o acesso gratuito e a qualidade da educação. Poderia o Executivo efetuar um convênio com o município vizinho, situado nas proximidades da residência das famílias, para atender a demanda desses alunos e mantê-los nessa condição, até a construção de uma escola. Poderia optar por não fazê-lo, se a demanda existente não justificasse o gasto público despendido com a edificação da unidade, desde que as crianças estudassem na cidade circunvizinha e recebessem a prestação, com qualidade. De igual forma, a Administração poderia optar por, conforme requerido pelo

Parquet, matriculá-las em uma escola particular. As opções para a solução do problema são múltiplas. O que não se faz cabível é permitir que o Ministério Público e o Poder Judiciário efetuem, previamente, tal escolha, de acordo com os seus entendimentos subjetivos, sob pena de grave comprometimento à separação entre os poderes.

Ora, a abordagem a ser feita pelo Judiciário é de ordem jurídico-constitucional. À Justiça não compete definir a política pública mais adequada para concretizar o direito fundamental, objeto da controvérsia constitucional. A ela cabe apenas verificar se o Poder Público, no processo de realização deste direito fundamental, cometeu violações consideradas inconstitucionais, mediante condutas, comissivas ou omissivas¹¹⁵⁰ que se mostrem inaptas, desnecessárias e demasiadamente danosas à esfera jurídica do particular.

Portanto, ao se tratar de gastos obrigatórios, ainda que não previstos na lei orçamental, deve o Poder Judiciário intervir – nas condições acima expostas – para impedir que óbices orçamentais, que não são intransponíveis, impeçam o Estado de cumprir com os deveres expressamente disciplinados em sede constitucional ou infraconstitucional.

Diferente é o caso em que o dever prestacional do Estado não possui tamanho grau de detalhamento, o que confere à Administração uma maior margem de liberdade para o seu cumprimento gradual. Em se tratando desta espécie de dispêndio, a opção de incluí-lo no orçamento, assim como a escolha dos meios e/ou do tempo e/ou dos recursos a serem alocados competem ao Legislativo e ao Executivo. A liberdade conferida aos poderes eleitos é significativamente maior, nesse campo. Cabe a eles e, geralmente, à Administração, a escolha política para o atendimento de determinada finalidade constitucional, prevista de forma ampla, com baixo grau de densidade.

Nessas hipóteses, se, no curso de uma demanda, o Governo demonstrar que, durante a execução orçamental, a sua atuação tem se desenvolvido de forma racional, congruente à ordem constitucional, como também comprovar que tem implementado o direito fundamental

¹¹⁵⁰ Exemplo interessante é trazido por ROBERT ALEXY (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 591). Em 1994, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha foi provocado a decidir se a criminalização da fabricação, comercialização, disseminação e aquisição de produtos derivados da maconha instituída pelo Poder Legislativo, constituiriam uma interferência estatal excessivamente gravosa e, portanto, incompatível com a liberdade geral de ação e com a liberdade pessoal, descritas, respectivamente, nos artigos 2º, §1º e §2º, 2 da Constituição Alemã. Ao decidir, a Corte entendeu que a opção legislativa de criminalizar tais comportamentos deveria ser acatada pela sociedade, pois ao Legislativo é assegurada uma margem de liberdade para analisar e escolher, entre várias opções, os meios potencialmente adequados para resguardarem o interesse público, representado, no caso em tela, pela saúde dos consumidores. Em razão de não haver comprovação científica precisa sobre os riscos à saúde decorrentes do uso da substância, não poderia o Tribunal refutar o meio eleito pelo Legislativo.

demandando por meio de outras frentes de trabalho, ainda que não da forma postulada pelo demandante, dificilmente uma atuação jurisdicional de intensidade forte será cabível. Afinal, não há um direito subjetivo ao gasto público discricionário, ainda mais se a despesa sequer estiver disposta na lei orçamentária.

Para analisar a veracidade das alegações do Estado, o Judiciário pode consultar a própria lei orçamentária e observar os caminhos planejados pelo Governo em relação ao direito fundamental invocado na demanda. Ademais, pode valer-se dos relatórios periódicos lançados pelas equipes técnicas das controladorias interna e externa, durante a execução orçamental, para certificar se há o efetivo desenvolvimento das atividades estatais, nesses domínios. Assim, se as alegações restarem justificadas, deve o Judiciário agir com deferência às capacidades legal e cognitiva dos demais poderes da República.

8.5.2 Da insuficiência da previsão orçamentária

Para além das hipóteses de ausência de disposição orçamentária, o Executivo também justifica as suas omissões, sob o argumento de que, embora inclusas dotações no orçamento, não possui condições de executar os créditos correlatos, em decorrência, muitas vezes, de previsões insuficientes. Em oposição à situação descrita no item anterior, aqui, não se está a falar de inércia orçamental. Ao contrário. As políticas públicas consideradas prioritárias e responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais já se encontram definidas pelo Executivo e pelo Legislativo, nos expedientes orçamentais, mas com dotações deficitárias para as suas efetivas implementações.

Sem dúvida, a etapa da execução orçamentária constitui uma tarefa estatal repleta de nuances e complexidades. E, no curso do exercício financeiro, não é raro haver modificações das condições fáticas e jurídicas inicialmente registradas no planejamento inicial.

Contribui para o problema da inexecução orçamentária falhas provenientes da fase de planejamento, como o fato de as peças orçamentais contemplarem ações e programas demasiadamente abertos e genéricos, denominados de “guarda-chuvas”. Há, ainda, o costume de subestimar as dotações, consignando-se recursos financeiros irrisórios para o atendimento do quanto ali previsto e de se reproduzir, quase que automaticamente, os dispositivos contidos nos expedientes anteriores, com pequenos ajustes e atualizações de índices inflacionários. São práticas que comprometem a qualidade da programação governamental e a fiel execução do

orçamento, na medida em que o edificam em bases pouco factíveis, transformando-o em um documento utópico, repleto de promessas simbólicas, difíceis de serem transpostas para a realidade e, por isso, pouco críveis.

Todos esses fenômenos favorecem para que a execução orçamental, no Brasil, não concretize com exatidão significativa o quanto disciplinado na fase de planejamento. Diante de tamanhas incoerências, se torna imperativo fazer uma reflexão profunda em relação ao sistema orçamentário desenvolvido. É indispensável questionar se os diagnósticos e as avaliações estão sendo feitas adequadamente; se as metas e as políticas selecionadas são transpostas ao orçamento de forma clara e exequível e se os resultados atingidos com a sua execução estão sendo revistos periodicamente, para correção das eventuais falhas e ineficiências. Em paralelo e não menos importante, é crucial verificar se todo esse processo tem tramitado de forma transparente, para possibilitar a participação ativa da sociedade e dos órgãos de controle.

Uma coisa é certa. Não se pode considerar como corriqueira e aceitável a inexecução de um árduo e importante trabalho desempenhado por múltiplas instituições e órgãos, direta e indiretamente envolvidos com o orçamento. A questão se agrava, em razão de o Executivo não se sentir obrigado a justificar as suas ações e principalmente as suas omissões.

Na prática, a inexecução orçamental tem sido comum, ao longo dos anos, no país. Ao consultar o Relatório Anual de Avaliação do Plano Plurianual 2012-2015, ano base 2015, detectou-se que, do total de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) alocados para a publicidade das ações de vigilância sanitária¹¹⁵¹, a União não efetuou gasto algum para a sua implantação. No setor de educação, do total de R\$ 5.662.500,00 (cinco milhões, seiscentos e sessenta e dois mil e quinhentos reais) destinados para a expansão e a qualificação das redes estaduais de educação profissional e tecnológica¹¹⁵², a União, novamente, não integralizou nenhum recurso para a sua concretização. Por fim, na área de moradia, do total de R\$ 580.689.000,00 (quinhentos e oitenta milhões e seiscentos e oitenta nove mil reais) para apoiar a urbanização de assentamentos precários, por intermédio de execução de ações integradas de habitação, infraestrutura, regularização fundiária e inclusão

¹¹⁵¹ Cf. Ação 02QD, do Relatório Anual de Avaliação do Plano Plurianual 2012-2015, ano base 2015. Disponível em: <http://bibspi.planejamento.gov/handle/iditem/709>>. Acesso em: 24.08.2017

¹¹⁵² Cf. Ação 02A3, do Relatório Anual de Avaliação do Plano Plurianual 2012-2015, ano base 2015. Disponível em: <http://bibspi.planejamento.gov/handle/iditem/709>>. Acesso em: 24.08.2017

socioeconômica¹¹⁵³, o Governo Federal gastou R\$ 1.587.394,00 (um milhão, quinhentos e oitenta e sete mil e trezentos e noventa e quatro reais), ou seja, uma quantia pouco significativa se comparada ao total da verba prevista¹¹⁵⁴.

Entre as causas de inexecução comumente suscitadas pelo Poder Público, vislumbradas na etapa de concretização orçamental, destacam-se a desnecessidade de concretização integral do gasto público previsto; problemas técnicos que obstaculizam a realização de ações e serviços dispostos na lei orçamental; insuficiência de dotações para o adimplemento do crédito orçado; arrecadação insatisfatória de receitas e a necessidade de contingenciamento dos recursos para o atendimento das metas fiscais.

Nessa conformidade, durante o desenvolvimento da execução orçamental, o Poder Público pode perceber que não há mais necessidade de dispor integralmente dos valores dotados no orçamento, uma vez que os resultados ali almejados já foram atingidos, em conformidade aos princípios da economicidade e da eficiência.

O não fornecimento da prestação pelo Executivo também pode decorrer de questões de ordem técnica, que dificultam sobremaneira ou, até mesmo, inviabilizam a sua execução. Equívocos de planejamento; alterações das circunstâncias fáticas e jurídicas, tais como falta ou atraso na concessão de licenciamentos para a construção de obras e maior ou menor disponibilidade dos bens materiais são fatores que condicionam o adimplemento orçamental e que podem prejudicar a sua operacionalização. Nem todo óbice de cunho técnico pode ser imputado à Administração.

Todavia, grande parte das dificuldades que comprometem a execução do orçamento é de ordem financeira. A falta de regularidade no fluxo das receitas públicas, com reflexos nas expectativas iniciais de arrecadação, bem como dotações em valores insuficientes para a

¹¹⁵³ Cf. Ação 015M, do Relatório Anual de Avaliação do Plano Plurianual 2012-2015, ano base 2015. Disponível em: <http://bibspi.planejamento.gov/handle/iditem/709>>. Acesso em: 24.08.2017

¹¹⁵⁴ No que se refere ao Programa Bolsa Família, do montante de R\$ 27.115.890,00 (vinte e sete milhões, cento e quinze mil e oitocentos e noventa reais) voltados para melhorar as condições socioeconômicas das famílias pobres, sobretudo extremamente pobres, por meio de transferência direta de renda e da articulação com outras políticas promotoras de emancipação (02ER), o Governo Federal efetivou R\$ 26.385.345,68 (vinte e seis milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, trezentos e quarenta e cinco reais e sessenta e oito centavos), ou seja, mais de 95% (noventa e cinco por cento) das dotações alocadas para o objetivo. Disponível em: <<http://bibspi.planejamento.gov/handle/iditem/709>>. Acesso em: 24.08.2017. Se a pretensão judicial fosse formulada em relação ao programa bolsa família e o Estado demonstrasse os avanços obtidos nessa seara, haveria, a princípio, uma presunção em favor da sua alegação de que não está omissa e que está procurando, dentro do possível, atender ao direito fundamental em exame, ainda que não beneficiasse diretamente a pretensão formulada pelo demandante. Não se poderia dizer o mesmo em relação às ações de saúde, de educação e de moradia acima apresentadas, em que o cumprimento do Estado foi nulo ou ínfimo.

implementação dos créditos a elas correlatos são as mais comuns.

Em situação de escassez, não resta alternativa ao Executivo senão estabelecer prioridades em relação às ações e serviços que serão disponibilizados à população. De igual forma, a ele compete o remanejamento dos recursos arrecadados para melhor atender às necessidades sociais. Nesse processo de redimensionamento, o poder discricionário da Administração não é absoluto, tampouco a flexibilidade orçamental confere a ela um salvo-conduto para efetuar as escolhas administrativas. Os reajustes das políticas públicas e dos seus respectivos custos deverão atender, formal e materialmente, à sistemática orçamental vigente na ordem jurídica brasileira.

Significa dizer que, além dos procedimentos orçamentários formais, como a abertura de créditos suplementares¹¹⁵⁵, deve-se respeitar, também, as normas constitucionais e legais preestabelecidas e agir em consonância aos objetivos delineados na Constituição, no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ademais, os gastos obrigatórios são prioritários em comparação aos discricionários no momento da tomada da decisão alocativa. A isso, alia-se a necessidade de que toda escolha administrativa, envolta a qualquer espécie de crédito orçamental, que promova ou não a realização da despesa pública, deve ser devidamente motivada pelo Poder Público.

Uma situação hipotética pode aclarar a problemática pontuada. Suponhamos que na lei orçamentária, um determinado município tenha previsto a construção de três hospitais. No final do curso do exercício financeiro, a população percebe que nenhuma das edificações descritas chegou a ser iniciada. Ao se justificar perante os cidadãos, o gestor informa que a sua expectativa de receita não foi atendida, o que ocasionou inviabilidade financeira do ente para a execução das obras planejadas. Ademais, alega que a cidade já conta com outras unidades hospitalares, sendo necessário atuar em outras frentes de trabalho, consideradas mais prioritárias. Por sua vez, frustrada em suas expectativas e inconformada com o descumprimento da lei orçamental, uma associação de moradores decide recorrer ao

¹¹⁵⁵ A necessidade de abertura de créditos adicionais pode apontar falhas na fase de planejamento orçamentário, que devem ser observadas pelo Executivo e pelos órgãos de controle. De fato, eventuais equívocos podem ocorrer. Contudo, é inadmissível que, propositadamente, o Governo inclua dotações sabidamente a menor a determinados créditos orçamentais, para, em seguida, na fase de execução, poder “negociar” a suplementação orçamentária. Tal comportamento revela-se arbitrário, uma vez que violador dos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência. O orçamento não pode ser manipulado unilateralmente pela Administração, em menoscabo aos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da separação dos poderes. A repetição de condutas - abertura periódica de créditos suplementares - em relação a determinadas despesas, ao longo dos anos, pode revelar esse comportamento deliberado do Estado.

Judiciário. Nesse caso, pode o Magistrado obrigar o Município a cumprir as previsões orçamentais?

Antes de uma resposta precipitada, alguns pontos precisam ser destacados para a parametrização da decisão judicial. Primeiramente, deve ser observado o grau de densidade da norma que fundamentou o pleito judicial. Se dela pode ser extraída uma obrigação precisa que exija do município a construção das referidas unidades hospitalares e se trata de uma obrigação que decorre primariamente da lei orçamentária. Quanto maior foi a incerteza dos fundamentos fáticos e normativos em que se baseia a decisão judicial, menos justificável será o exercício de um controle jurisdicional com maior intensidade. Se a construção dos três hospitais não estiver contemplada em uma norma inequívoca anterior e provier apenas diretamente do expediente orçamental, entendemos que, salvo melhor juízo, a intervenção jurisdicional deve ser exercida com a máxima cautela, de forma deferente às opções políticas, apesar da ampla e genérica proteção jurídico-constitucional conferida ao direito à saúde. É claro que pesa sobre o Governo o dever, *prima facie*, de respeitar o instituto orçamental. Contudo, não se trata de uma presunção absoluta. A depender da justificativa apresentada, o Município pode se desincumbir de tal ônus.

Se o Poder Público demonstrar, por exemplo, que está adimplindo, de maneira eficiente, com os percentuais constitucionais mínimos para a saúde¹¹⁵⁶; se comprovar que diversos cortes, inclusive e principalmente em relação a outras despesas discricionárias estão ocorrendo durante a fase de execução orçamental e, mais importante, que a população não se encontra desassistida, uma vez que ações e serviços de saúde estão sendo a ela disponibilizados em outras unidades hospitalares, dificilmente poderá o Judiciário desempenhar um controle mais intenso.

Com esse caso hipotético é possível perceber como as justificativas apresentadas pela Administração Pública são essenciais para a análise das demandas judiciais. Por esse motivo, é inaceitável que as partes e os julgadores desenvolvam as suas funções no processo com o emprego exclusivo de fundamentos abstratos, mas dissonantes da situação concreta. Afinal, sem avaliar as razões que fundamentaram as escolhas governamentais, mostra-se impossível controlar a Administração e eventuais práticas desviantes. Trata-se, na realidade, de uma

¹¹⁵⁶ É importante destacar a importância do controle abstrato de constitucionalidade nas hipóteses em que o orçamento contempla de forma insuficiente os recursos mínimos fixados pela Constituição Federal, a serem destinados para determinadas áreas, como saúde e educação, nos termos dos artigos 198, §2º e 212, caput, ambos da Carta Constitucional de 1988.

exigência que provém da ínsita necessidade republicana de justificação das deliberações estatais, ainda que, as decisões tomadas sejam no sentido de inexecução de deveres prestacionais do Poder Público¹¹⁵⁷. Motivação, prestação de contas e probidade administrativa são valores que se revelam compulsórios em um Estado Democrático de Direito.

Nesse processo de avaliação das justificativas estatais de natureza financeira, o Governo pode sustentar também que não tem condições financeiras de adimplir integralmente o orçamento, pois está obrigado a realizar contingenciamentos para o atingimento das metas fiscais. Fato é que as metas fiscais configuram um parâmetro de observância obrigatória, tendo o contingenciamento amparo legal no sistema orçamental¹¹⁵⁸.

A Lei de Responsabilidade Fiscal determina que o Governo fiscalize bimestralmente o cumprimento das metas fiscais. E, se no final de cada 02 (dois) meses for percebido que não foram atendidas as metas de resultado primário ou nominal dispostos no Anexo das Metas Fiscais, deverá o Poder Público promover as diligências necessárias para as limitações de empenho e de movimentação financeira, nos 30 (trinta) dias subsequentes¹¹⁵⁹. Nesse diapasão, é inegável que há efetivamente uma parcela do orçamento público que poderá não ser executada, em prol do cumprimento das metas fiscais.

¹¹⁵⁷ Cf. RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública*, op. cit., p. 299 e ANA PAULA DE BARCELLOS, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 45/47.

¹¹⁵⁸ Todo início de ano, o Governo Federal publica um decreto restringindo os valores autorizados na lei orçamentária anual relativamente às despesas discricionárias. O decreto de contingenciamento contém anexos que estabelecem limites orçamentários para a movimentação e para o empenho de dispêndios, assim como tetos financeiros que impossibilitam o pagamento de despesas empenhadas e inscritas a restos a pagar, inclusive de anos anteriores. A este respeito, MARCUS ABRAHAM (*Efetividade e vinculação das leis orçamentárias e a ADIN 4.603*, op. cit., p. 309) destaca que o contingenciamento de despesas corresponde ao adiamento ou não realização de uma determinada despesa, prevista no orçamento, por motivo de insuficiência de receitas. Ver também ÉLIDA GRAZIANE PINTO, *Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*, op. cit., p. 84/85. A autora chama atenção, de forma pertinente, para que não ocorra o uso abusivo do contingenciamento, mesmo que para assegurar o cumprimento majorado da meta fiscal de superávit primário, uma vez que prejudica em demasia a continuidade das políticas públicas. O atraso na liberação de verbas faz com que inúmeras ações sejam realizadas apenas nos últimos meses do exercício financeiro ou até mesmo deixem de ser executadas. Para RODRIGO DE OLIVEIRA DE FARIA (*Natureza jurídica do orçamento e da flexibilidade orçamentária*, op. cit., p. 145/148), as metas fiscais são estabelecidas nos estatutos orçamentários e possuem um nítido teor mandatário. Não se trata de uma mera faculdade ao gestor, uma vez que obrigam e vinculam a gestão governamental.

¹¹⁵⁹ Cf. artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Para REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (*Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 418/420), o que a Lei de Responsabilidade Fiscal promoveu, na realidade, foi o engessamento financeiro do país. Enquanto favorece o pagamento da dívida, deixa de realizar gastos públicos no âmbito social, na medida em que estas despesas podem se sujeitar a contingenciamentos. O tratamento aplicado ao sistema orçamental pelo referido diploma legal cria prioridades e soluções injustas e, no seu entendimento, inconstitucionais, uma vez que desequipara valores prestigiados nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal de 1988. E conclui afirmando que não são as leis que ditam a ordem jurídica, mas a Carta Constitucional é que lhes confere validade.

Nesta hipótese de inexecução orçamental, a intervenção jurisdicional deve levar em consideração a natureza do crédito orçamentário, objeto da restrição. A própria Lei de Responsabilidade Fiscal proíbe a realização de contingenciamentos em relação a gastos que estejam atrelados ao cumprimento de obrigações constitucionais e legais do ente e que sejam considerados como prioritários, de acordo com as previsões contidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias¹¹⁶⁰.

De onde se conclui que, ainda que previstos no orçamento, o controle jurisdicional em relação aos deveres prestacionais do Poder Público não pode prescindir da análise da densidade das normas constitucionais e legais que fundamentam as suas decisões e da avaliação da natureza obrigatória ou discricionária dos gastos públicos pleiteados. Isso porque os dispositivos orçamentais podem expressar comandos de determinação ou proibição capazes, a depender das suas densidades normativas e naturezas, de criar direitos e deveres para os cidadãos e para a Administração, respectivamente.

Mas, é importante reiterar que diferentemente da situação anterior, em que se tratou da ausência de previsão orçamental, aqui, os deveres prestacionais já foram decididos pelos poderes democraticamente eleitos, a ponto de serem dispostos no orçamento. Essa é uma circunstância importante que torna a fiscalização judicial ainda menos questionável, sob o prisma da separação dos poderes. Afinal, o administrador, com o aval do legislador, já decidiu previamente fornecer a prestação estatal, no curso do exercício fiscal¹¹⁶¹. O controle a ser realizado pela Justiça Constitucional tem justamente como papel principal verificar se a vontade do Legislativo foi injustificadamente desrespeitada pelo Executivo.

A partir dessas considerações é preciso esclarecer que não se está a afirmar que todo crédito orçado tem que ser necessariamente realizado. Em nosso entender, é equivocado sustentar que a previsão de uma prestação estatal no orçamento, em caráter primário, cria, de forma automática, uma obrigação jurídica líquida e certa ao Estado e um correlato direito subjetivo ao indivíduo. Tudo irá depender da densidade das normas já existentes no ordenamento que subsidiam, ou seja, fundamentam os créditos orçamentários pleiteados, as quais, a depender da natureza do gasto, irão vincular em maior ou menor grau o Poder Público.

¹¹⁶⁰ Cf. artigo 9º, 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹¹⁶¹ Segundo EDUARDO MENDONÇA (*A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*, op. cit., p. 333), trata-se, na verdade, de uma omissão agravada praticada pelo Executivo, o que tornaria a atuação do Poder Judiciário menos invasiva. Em seu entendimento, o Magistrado não estaria alocando recursos diante das múltiplas alternativas de políticas públicas, mas sim determinando que as escolhas já feitas sejam respeitadas e aplicadas em caráter geral.

O que se defende é um dever *prima facie* de cumprimento que recai sobre a Administração, mesmo em relação aos créditos discricionários, o qual poderá ser afastado, a depender da circunstância concreta exposta na justificativa estatal. Mais do que rotular abstratamente o orçamento como instrumento integralmente impositivo ou discricionário, o que é imprescindível é analisar as particularidades da situação concreta e a motivação apresentada pelo Estado, em caso de inexecução orçamental¹¹⁶².

Paralelamente ao que fora exposto, é preciso abrir espaço para uma abordagem um pouco diversa. Não é porque o Estado previu as prestações no orçamento e as está concretizando, sem qualquer espécie de contingenciamento, que todos os problemas relacionados ao ciclo orçamental estão resolvidos.

Mesmo que o Estado cumpra com os requisitos quantitativos existentes em relação a uma determinada ação ou serviço, como a necessidade de concretização de um percentual mínimo de recursos, não há garantia sobre a idoneidade e a efetividade dos resultados ofertados. A qualidade do produto final entregue pelo ente estatal à sociedade também pode ser objeto de controle jurisdicional¹¹⁶³. Nesse sentido, o apoio de órgãos técnicos e dos profissionais com expertises específicas será fundamental para que, no exercício da fiscalização, o Poder Judiciário não extrapole nas suas atividades judicantes. Certo é que a atuação judicial não se faz cabível no campo das incertezas e das probabilidades. Há necessidade de comprovação dos desvios, das malversações e, até mesmo, dos atos de corrupção.

Utilizando-se do exemplo relativo às edificações dos hospitais públicos, imaginemos que embora previstas dotações de R\$ 100 milhões (cem milhões de reais) para as construções das três unidades hospitalares, o Poder Público tenha decidido construir apenas uma delas. E que ao final da obra, o valor total despendido tenha sido exatamente este. Insatisfeita, uma associação de moradores representa ao Ministério Público para que sejam investigadas as

¹¹⁶² Nesse diapasão, ANA PAULA DE BARCELLOS (*Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, op. cit., p. 120/122) traz uma interessante sugestão. Para a autora, diante da dificuldade de obter informações sobre a verdadeira destinação dos recursos públicos e sobre os motivos das inexecuções, durante o exercício financeiro, se faz possível o ajuizamento de ação, individual ou coletiva, com pleito cautelar, solicitando a prestação de contas ou a exibição de documentos públicos, pelo Estado.

¹¹⁶³ Os contornos traçados na presente obra a respeito do controle judicial não exaurem a possibilidade de controle de resultado das ações estatais. Neste diapasão, é válido também destacar que o ordenamento jurídico-constitucional estabelece outras formas de fiscalizações, não jurisdicionais, entre as quais as desempenhadas pelas controladorias internas dos órgãos e poderes, pelos Tribunais de Contas, além do controle parlamentar e social.

ações e as omissões estatais em torno da obra pública. Ao final da apuração, o *Parquet* decide ajuizar uma ação civil pública, sob a alegação de que os moradores dos bairros que não foram contemplados com a construção encontram-se desassistidos, tendo o Poder Público usado os recursos previstos na lei orçamentária para edificar um único hospital, em inobservância ao planejamento governamental e ao princípio da economicidade. Por esse motivo, requer que o Judiciário determine a edificação das outras unidades de saúde planejadas e responsabilize pessoalmente o gestor, pelas violações cometidas.

Diante desta situação, até onde pode o Poder Judiciário atuar? Em nosso posicionamento, a resposta depende, em grande medida, dos argumentos e contra-argumentos apresentados pelas partes.

Vamos supor que o Poder Público alegue que não construiu as demais unidades, pois percebeu que o seu planejamento não fora feito adequadamente. As previsões de custos constantes no estatuto orçamental encontravam-se subdimensionadas em comparação aos valores de mercado, consoante os orçamentos coletados e acostados ao feito juntamente com os certames licitatórios. E, como não seria possível realizar as três edificações programadas, escolheu fazer apenas uma delas, de forma mais completa, com capacidade para abranger ainda mais pacientes e recepcionando outras especialidades clínicas que sequer estavam dispostas no projeto original. Por fim, o Executivo sustenta que escolheu realizar a obra em uma localidade central, cuja frota de transporte público foi ampliada, justamente para atender a todos os moradores da cidade.

Diversamente, vamos imaginar que o Poder Público apenas argumente que deixou de realizar as demais obras por falhas no seu planejamento e diante da ausência de recursos suficientes. Em contraponto, o Ministério Público consiga comprovar, por meio de perícia, que a obra foi executada pelo ente estatal de forma superfaturada. E que muito do alto custo da obra decorreu do fato de o gestor ter optado por adquirir pisos de mármore ao invés de porcelanato, conforme previsto no projeto executivo para a unidade. E que essa decisão teve como fundo o seu interesse em beneficiar um amigo, proprietário de uma marmoraria, com quem tem negócios privados.

É perceptível que se trata de duas situações bastante diversas. Embora apenas um hospital tenha sido disponibilizado à comunidade, na primeira hipótese a atuação estatal encontra-se justificada e na segunda não. Nesta última, o desvio de finalidade e as violações aos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade estão evidenciados. Ademais,

foram infringidos tipos penais (regras), em prejuízo da Administração Pública, o que exige, inclusive, a responsabilização do gestor e dos demais envolvidos pelas práticas ilícitas cometidas, por meio de um controle judicial estrito. Resta saber se pode o Judiciário impor ao Poder Público, a obrigatoriedade de construir os outros hospitais, após serem constatados os desvios acima apontados. E, em nosso entendimento, a conclusão extraída quando o tema foi tratado pela primeira vez, neste item, é a mesma. Afinal, não compete ao Poder Judiciário decidir pela melhor forma de promover o direito à saúde. Trata-se, em essência, de uma escolha política.

A intervenção jurisdicional deve ocorrer, sempre que possível, de forma deferente, no sentido de que, em um primeiro momento, seja repassada ao Poder Público, a obrigação de, em prazo razoável, apresentar as alternativas efetivamente capazes de solucionar a questão atual, em torno da assistência hospitalar. Somente na hipótese de silêncio da Administração ou, se as soluções por ela apresentadas revelarem-se evidentemente inaptas e desproporcionais ao saneamento do dilema¹¹⁶⁴ é que poderá o Judiciário determinar diretamente a construção das demais unidades previstas na lei orçamental. Mas, neste caso, é indispensável destacar que não será o magistrado quem estará decidindo pela melhor forma de atender ao direito à saúde naquela comunidade. Ele apenas estará ordenando o cumprimento de uma escolha já feita, inclusive com o aval do Parlamento, diante da mora injustificada do Poder Público em apresentar alternativa efetiva e atualizada para a solução do impasse por ele próprio criado. Por fim, entendemos recomendável que, a depender das peculiaridades do caso, os efeitos da decisão judicial sejam postergados para o exercício financeiro seguinte, a fim de que haja tempo suficiente para o remanejamento orçamental, por parte do Estado.

À guisa de conclusão, ainda nos casos em que o Estado decida cumprir com os créditos previstos na lei orçamentária, inclusive de natureza discricionária, é de extrema relevância avaliar a problemática sob outro viés, agora atinente ao princípio da isonomia.

A partir do momento em que uma prestação, devidamente inscrita no orçamento, seja efetivamente ofertada à população, é fundamental observar se o seu acesso está sendo igualmente disponibilizado a todos aqueles para os quais a política foi criada, ou seja, se todos os seus destinatários estão recebendo a sua quota-parte. Em caso negativo, deve o Poder

¹¹⁶⁴ Nesse sentido, reconhece-se a importância dos princípios estruturantes do Estado de Direito, tais como os da proporcionalidade, da proteção da confiança, da isonomia e da dignidade da pessoa humana, para fins de parametrização das operações de ponderação e de otimização que se fazem necessárias à solução dos desacordos constitucionais, desta natureza.

Judiciário intervir, para restabelecer a isonomia, ainda que o Poder Público alegue que as dotações previstas no orçamento são insuficientes. Nessas hipóteses, a alegação estatal não merece guarida, ainda que a demanda recaia sobre crédito de natureza discricionária. Afinal, se o planejamento governamental dimensionou de maneira equivocada as despesas públicas e as suas consequentes dotações, não pode o particular, que preenche o antecedente da disposição normativa, ser preterido ao recebimento da prestação estatal, se outro, nas mesmas condições e circunstâncias, está recebendo-a.

Pensemos que para atender ao direito à saúde das crianças, o Estado decida programar uma campanha massiva de vacinação contra o sarampo, para prevenir os infantes de 0 (zero) a 4 (quatro) anos e decide incluí-la, expressamente, na lei orçamental. Mas, no curso do exercício financeiro, percebe-se que as crianças dessa faixa etária, moradoras da região sul e sudeste, estão recebendo normalmente a vacina, enquanto as residentes nas regiões norte e nordeste não. A justificativa apresentada pelo Poder Público é no sentido de que o inadimplemento parcial da disposição orçamentária decorre da insuficiência de recursos, a qual, em nosso posicionamento, não deve prosperar. Isso porque o comportamento estatal promove uma discriminação inaceitável, em afronta direta ao princípio da isonomia. Se ajuizada a questão, deve o Poder Judiciário intervir para determinar que a campanha de vacinação beneficie a todas as crianças de 0 (zero) a 4 (quatro) anos, no Brasil.

O orçamento público não constitui um documento imutável. E o Governo sabe bem disso, já que não costuma moldar, por diversas razões, a execução orçamental ao planejamento inicial por ele próprio formulado. Sendo assim, há possibilidade de remanejamento do instituto, no curso da sua realização, para que o sistema de prestações do Estado não viole o princípio da isonomia. A depender da circunstância concreta, como a urgência do pedido e a gravidade do dano provocado pela omissão, o Estado pode apresentar um cronograma, expondo prioridades e prazos, para que, de forma paulatina, se desincumba do seu dever estatal. Porém, ainda neste caso, deverá atender igualmente a todos os beneficiários.

Posto isso, nunca é demais repetir. Os óbices orçamentais não são irrelevantes ou inadequados e precisam ser considerados por todos os poderes constituídos. Todavia, há flexibilidade na condução orçamentária que permite a realização, pelos poderes democraticamente eleitos, de manobras lícitas, capazes de adequar os expedientes financeiros às exigências constitucionais e legais. Ao Judiciário compete o controle de eventuais

violações, mediante parâmetros racionais, objetivos e consistentes, sem que haja revisões das opções políticas, de acordo com um – incabível – juízo de oportunidade e conveniência judicial. Se tudo isso funcionar como deve, o orçamento deixará de ser uma peça de ficção e finalmente assumirá o papel de destaque que possui no sistema constitucional brasileiro.

8.5.3 O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo como parâmetros de controle

Sem prejuízo dos parâmetros desenvolvidos nos itens anteriores, ainda é necessário um último detalhamento. Afinal, uma vez comprovada a relevância da justificativa orçamentária oferecida pelo Governo, deve a ação judicial contra ele instaurada ser julgada improcedente em toda e qualquer hipótese? Em nosso entender, nem sempre.

Ainda que relevantes todas as considerações sustentadas pelo Poder Público, no campo das finanças e do orçamento deve-se avaliar, ao final, se a omissão a ele imputada encontra-se abaixo de um nível constitucionalmente tolerável. Se, sob a perspectiva do postulante e não mais do ente estatal, o pedido formulado não é somente significativo como também essencial à sua dignidade, buscando atender a um mínimo protegido constitucionalmente, capaz de lhe assegurar um direito subjetivo invocável contra o Estado¹¹⁶⁵.

Ao recorrer à dignidade da pessoa humana é mais do que necessário fazê-lo com parcimônia¹¹⁶⁶. A indistinta e frequente utilização do princípio retira, de forma significativa, a sua força normativa e pode transformá-lo em um mero argumento retórico, inócuo, à beira da banalização¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁵ A respeito da temática, CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça Constitucional*, Tomo II, op. cit., p. 522/523) afirma que existem princípios como o do mínimo da existência condigna que provém do princípio da dignidade da pessoa humana e que podem gerar prestações sociais tidas como obrigatórias ao Estado, para que o indivíduo hipossuficiente não se prive das condições mínimas indispensáveis para a sua subsistência. Em seu entender, o princípio do mínimo da existência condigna constitui um axioma que assegura, em circunstâncias de extrema carência, um núcleo de direitos que não possui a natureza programática. Outro não é o entendimento de RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 357/372.

¹¹⁶⁶ O autor ROBERT ALEXYY (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 355), ao analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, não nega a indeterminação do seu conteúdo, tampouco do próprio conceito de dignidade humana. Por sua vez, entende que a sua definição pode ser delineada não apenas pela “fórmula do objeto”, mas também através de condições concretas que devem ser asseguradas ao indivíduo, para impedir que o mesmo seja “humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito”. JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Sociais*, cit., p. 308) entende que há afetação à dignidade quando alguém seja involuntariamente submetido a uma situação de penúria material que não lhe seja assegurada as condições mínimas de autodeterminação pessoal.

¹¹⁶⁷ Concordamos com JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO (*Perfil constitucional da dignidade da*

Em razão do seu emprego ampliativo, sem base racional, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se suscetível a manipulações, decisionismos e arbitrariedades, para além das indefinições que naturalmente já lhe são inerentes, diante das múltiplas variedades de concepções existentes no seu entorno. Com efeito, cada pessoa possui a sua própria concepção de dignidade, a depender das suas convicções ideológicas, filosóficas e religiosas.

Apesar das dificuldades evidenciadas em torno da indeterminação do seu conteúdo normativo, a Constituição Federal de 1988 alçou, expressamente, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Ao erigi-lo como princípio constitucional supremo, o Legislador Constituinte determinou que os seus efeitos se irradiassem a todo o ordenamento jurídico. Assim, em razão da sua indiscutível importância ao sistema, é indispensável adequá-lo, o quanto possível, a uma concepção jurídico-constitucional suficientemente robusta, que não seja composta por conceitos demasiadamente vagos, generalistas e, porque não dizer, frágeis, mas que, ao mesmo tempo, seja consensual e denso o bastante, para o fim de contribuir, de forma consistente, na solução dos desacordos constitucionais.

Como premissa inicial para que o princípio não seja levianamente utilizado, o que, fatalmente, acaba por vulnerabilizá-lo, é indispensável que a sua aplicação ocorra para atender situações efetivamente extremas e graves e/ou para solucionar os denominados casos difíceis,

pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções, Revista Direitos Fundamentais & Justiça, nº 11, abr./jun. 2010, p. 13/14) quando o constitucionalista português afirma: “O princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar. Nesta medida se o incremento da respectiva aplicação chegou a atingir a fronteira da *banalização*, o incremento da análise parece conduzir ao aumento da obscuridade e mesmo à erosão do adquirido anterior”. Para JORGE REIS NOVAIS (*A dignidade da pessoa humana. Dignidade e Inconstitucionalidade*, vol. II, op. cit., p. 74 e p. 154), a estratégia ampliativa aplicada à dignidade da pessoa humana produz efeitos exatamente contrários. Quando tudo a pode violar, a sua banalização acaba sendo inevitável. Em outra passagem, o autor destaca que a lógica da progressiva abrangência do conceito, “pretensamente mais amiga da dignidade” é, na verdade, autodestrutiva. Ao se identificar dignidade em todo e qualquer direito, como o direito à vida, o direito à liberdade de imprensa, o direito à greve, o direito ao voto, o direito ao bom nome e quando esses direitos se confrontam, o que se faz é deixar de avaliá-los como colisões de direitos fundamentais, que em verdade são, para passar a tratar como colisões entre a dignidade da pessoa humana de um contra a dignidade da pessoa humana de outrem. Em suas palavras: “nessa altura, obviamente, o conflito assim configurado (que, na realidade, é um conflito entre direitos fundamentais) não poderia ser resolvido a não ser por composição e cedência, recíprocas ou unilaterais, e, logo, através de ponderação de bens. Mas tendo-se partido daquela identificação errônea entre os dois termos, seria a própria dignidade da pessoa humana que ficaria, consequentemente, sujeita às correspondentes ponderações e cedências”. A respeito do tema, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli destacou, em seu voto proferido no julgamento do REX nº 363.889, que: “(...) Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma, se é possível fazer essa anotação um tanto irônica sobre os excessos cometidos em seu nome, sob pena de condená-la a ser, como adverte o autor citado ‘um tropo oratório que tende à flacidez absoluta’. E parece ser esse o caminho a que chegaremos, se prosseguirmos nessa principiolatria sem grandes freios”. (STF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 15.12.2011).

em que a densidade das normas invocadas não contenha suficiente precisão e clareza, para por si, resolverem os dilemas apresentados.

Sem embargo dessa consideração inicial, fato é que existem inúmeras concepções jurídicas da dignidade da pessoa humana¹¹⁶⁸. E, apesar da relevância do tema, é preciso reconhecer as nossas limitações, pois seria impossível abordá-las, com a profundidade que a matéria requer, uma vez que não se trata do objeto principal da presente investigação. Pode-se, no entanto, afirmar que o sentido normativo geral do princípio da dignidade da pessoa humana recai sobre a concepção de um valor supremo e inalienável atribuído à pessoa, pelo simples fato de tratar-se de um ser humano, que não pode ser subjugado por outrem na condição de um mero instrumento ou objeto¹¹⁶⁹. É da noção de humanidade que também se extraem os atributos de singularidade do indivíduo, da sua autonomia moral e da sua autorresponsabilidade, além da ideia de que todos merecem igual consideração e respeito.

¹¹⁶⁸ Para PAULO OTERO (*Instituições Políticas Constitucionais*, vol. I, op. cit., p. 552/559), o conceito de dignidade humana contempla algumas exigências em seu conceito, entre as quais: o ser humano, desde a sua concepção e mesmo para além da sua morte, é sempre um fim em si mesmo; a dignidade humana envolve uma necessidade constante de respeito e consideração por cada pessoa, individualmente considerada; a dignidade humana não constitui uma dádiva do poder, mas sim decorre da própria natureza humana; todos os seres têm a mesma dignidade; a observância à dignidade independe do grau de consciência ou de compreensão de cada ser humano; a dignidade é irrenunciável e inalienável e exige proteção e respeito pelo direito à vida e à integridade física; a dignidade humana exige um entendimento amplo, “todo aberto”, de cunho universalista; não se contempla dentro do conceito de dignidade qualquer ideia relacionada à escravidão e à servidão, à crueldade, à tortura, à estigmatizações e discriminações arbitrárias e humilhantes; a dignidade da pessoa humana pressupõe que cada pessoa tenha condições materiais que lhe possibilitem uma existência humana condigna; a dignidade da pessoa humana também envolve a garantia de uma segurança da vida em sociedade, inclusive por meio de mecanismos estatais de proteção dos indivíduos; a dignidade humana requer a existência de um poder estatal limitado pelo Direito, subsidiário nas suas relações com a sociedade civil, a família e os indivíduos, sem margem para o arbítrio; a dignidade humana pressupõe a ideia do ser sobre o ter; a dignidade humana envolve o reconhecimento dos direitos de participação política; as violações da dignidade humana nunca podem assumir relevância jurídica positiva, tampouco constituir fonte de precedentes vinculantes. O doutrinador JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO (*Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções*, op. cit., p. 33/34) apresenta proposições sobre o perfil constitucional da dignidade da pessoa humana. Quanto à estrutura da norma, no plano jurídico-constitucional, a dignidade da pessoa humana pode ser aferida como princípio jurídico, mas também pode funcionar como regra. Além do seu sinal como valor, a norma da dignidade da pessoa humana pode conter as feições de norma de garantia, de norma de direito fundamental e de norma sobre direitos fundamentais, na medida em que pode operar como regra de “limites dos limites”. Quanto à sua natureza, o autor menciona que: “pelo menos na Constituição portuguesa, nenhuma razão depõe a favor da qualidade de direito fundamental da norma da dignidade da pessoa humana (tanto mais quando, na sua feição de regra, alcança um máximo de proteção subjectiva)”. Quanto ao seu caráter, como valor tem caráter absoluto, como princípio é relativizável e como regra dá aparência de absoluto, ao solucionar determinados casos-limite. A respeito do tema, ver, também, MICHELLE AMORIM SANCHO SOUZA, *Conceito constitucional da dignidade coletiva e efetivação dos direitos sociais*, Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 2015, p. 60/68.

¹¹⁶⁹ Essa concepção de origem kantiana decorre do princípio da humanidade e da ideia de que o homem é um fim em si mesmo, sendo a dignidade um valor interno absoluto e irrenunciável de cada indivíduo, que provém da autonomia de vontade e da capacidade de atuação racional, não sendo admissível a sua degradação na condição de um mero objeto ou coisa, inclusive por intermédio de terceiros. Sobre a temática, ver IMMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, Lisboa, 2007.

Isso por si já traça alguns limites à atuação governamental. O Estado não é um fim em si mesmo. Constitui uma sociedade de homens¹¹⁷⁰, idealizado como instrumento a serviço da comunidade e não pode se sobrepor a ponto de retirar a autonomia e a liberdade de cada um dos indivíduos.

Em razão de ter sido contemplado expressamente no texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, sem prejuízo do valor moral que continua a representar à sociedade, transmuta-se, também, em um dever jurídico estatal, com efeitos próprios e força normativa suficiente para vincular os poderes constituídos¹¹⁷¹. Afinal, existe um amplo consenso no sentido de que direitos de acesso à alimentação, à educação, à cultura e à segurança são fundamentais para o desenvolvimento da personalidade do ser humano; para a determinação dos seus próprios rumos de vida; para uma existência condigna e, igualmente, para a consolidação do regime democrático¹¹⁷². Logo, nada disso será possível sem que os indivíduos disponham de liberdade e de condições intelectuais e materiais mínimas que lhes garanta a sua própria autonomia¹¹⁷³.

É claro que identificar o que vem a ser esse mínimo e quando o Estado ultrapassa esse patamar, caracterizando-se uma omissão constitucionalmente inaceitável, não é simples.

¹¹⁷⁰ Cf. IMMANUEL KANT, *A paz perpétua – um projeto filosófico*, In Immanuel Kant, *A paz perpétua e outros opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 1995, p. 121/122. O pensamento do filósofo alemão ao tratar do tema teve o seguinte enfoque: “Um Estado não é patrimônio (como, por exemplo, o solo e que ele tem a sua sede). É uma sociedade de homens sobre a qual mais ninguém a não ser ele próprio tem de mandar e dispor. Enxertá-lo noutro Estado, a ele que como tronco tem a sua própria raiz, significa eliminar a sua existência como pessoa moral e fazer desta última uma coisa, contradizendo, por conseguinte, a ideia do contrato originário, sem a qual é impossível penar direito algum sobre um povo”.

¹¹⁷¹ Ao tratar do tema, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (“*Dignidade e Constitucionalização da pessoa humana*”, In *Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. Jorge Miranda*, vol. II, *Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 285/296) ressalta que a pessoa humana tem um valor próprio, único, e que todas as pessoas têm a mesma dignidade pessoal, a qual deve ser respeitada e compreendida em termos de reciprocidade de uns com os outros. Em paralelo, destaca que, ao ser assumido como fundamento jurídico-constitucional, a dignidade da pessoa humana produz efeitos no ordenamento, na medida em que impõe deveres especiais para com as pessoas que estejam em situação de extrema vulnerabilidade, a fim de evitar graves atentados contra as suas próprias dignidades. A respeito dos efeitos jurídicos decorrentes da dignidade da pessoa humana, ver JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*, vol. I, Ed. Almedina, Coimbra, 2016, p. 29 e p. 179/188.

¹¹⁷² Sobre o tema, ver as obras de AMARTYA SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, op. cit., p. 32/60 e 120/131; ROBERT A. DAHL, *Sobre a democracia*, op. cit., p. 93; JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Inconstitucionalidade*, vol. II, op. cit., p. 129/132; NOBERTO BOBBIO, *O futuro da democracia*, op. cit., p. 20; ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*, op. cit., p. 475 e MARTHA C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The human development approach*, op. cit., p. 17/45.

¹¹⁷³ Para RICARDO LOBO TORRES (*Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, op. cit., p. 357/364), há um direito às condições mínimas para a existência digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que, de outro lado, exige do Poder Público o oferecimento de prestações positivas, independentemente da vontade da maioria, possível de adjudicação pela Justiça Constitucional. Com esse entendimento, GUSTAVO AMARAL, *Direito, escassez & escolha*, op. cit., p. 215/216.

Depende da conjugação de diversos fatores, tais como as condições econômicas, sociais e culturais de um povo, os quais são dinâmicos e peculiares, em cada conjuntura espacial e temporal¹¹⁷⁴.

Em nosso entendimento, a delimitação do mínimo depende de uma análise valorativa contextualizada e não apriorística. Significa dizer que o mínimo não pode ser prefixado de forma rígida e imutável pelo intérprete, uma vez que depende das circunstâncias do caso concreto e da realidade do indivíduo e do seu núcleo familiar, podendo se estender do mínimo fisiológico¹¹⁷⁵ ao mínimo sociocultural¹¹⁷⁶.

Para a delimitação mais acurada do mínimo, o princípio da proibição do déficit¹¹⁷⁷ revela-se uma ferramenta essencial. No âmbito deste postulado, a doutrina apresenta alguns critérios objetivos que podem ser utilizados pelo intérprete ao avaliar quando o Estado se encontra abaixo do “limiar da insuficiência¹¹⁷⁸” e para que a sua aplicação ocorra em situações verdadeiramente extremas e graves. O objetivo pretendido é conferir maior

¹¹⁷⁴ Nessa conformidade, entendemos que a jurisprudência pode desempenhar um papel fundamental nesse processo, ao fixar critérios objetivos, com o intuito de reduzir a discricionariedade judicial no momento de efetuar os seus juízos ponderativos. Tais *standards* geram estabilidade e igualdade de tratamento às relações jurídicas.

¹¹⁷⁵ A menção às matérias de cunho fisiológico acaba sendo reiterada no bojo das ações judiciais, em virtude da realidade brasileira. O Índice de Desenvolvimento Humano – IDH apresentado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, no ano de 2018, revelou que, entre os anos de 2014 e 2015, 04 (quatro) milhões de pessoas ingressaram na pobreza e a taxa de desemprego atingiu 12 (doze) milhões de cidadãos. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presenter/articles.html>>. Acesso em: 18.09.2018.

¹¹⁷⁶ Para ANA PAULA DE BARCELLOS (*A eficácia dos princípios constitucionais*, op. cit., p. 291/365), o mínimo existencial constitui um núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, o qual se impõe como regra e não como princípio. Como proposta para a sua concretização, a autora fluminense inclui dentro do mínimo existencial a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Por sua vez, para INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (*Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, op. cit., p. 26/27) é impossível a fixação taxativa de um elenco fechado de posições subjetivas negativas e positivas que correspondam ao mínimo existencial. Em seu entender, a sua identificação depende de uma avaliação individual, de acordo com as necessidades individuais e da sua família.

¹¹⁷⁷ Embora muitos autores considerem o princípio da proibição do déficit como sendo o reverso do princípio da proporcionalidade, adotamos o entendimento sustentado por JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Sociais*, op. cit., p. 307), de que se trata de um instrumento metodológico autônomo, próprio para aferir a afetação a direitos fundamentais por inação ou atuação estatal insuficiente no campo dos seus deveres de promoção.

¹¹⁷⁸ Nesse sentido, CLAUS-WILHELM CANARIS (*Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 108) concebe a metodologia da proibição de insuficiência como “um patamar mínimo de promoção obrigatória de cumprimento pelo Estado”. Sobre o tema, ver JORGE SILVA SAMPAIO, *O dever de Proteção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2012, p.202 e FERNANDO DA SILVA COMIM (*Reserva do possível e ponderação: por uma metodologia adequada no controle dos deveres sociais fundamentais*, op. cit., p. 260). Para este, o limite da proteção insuficiente corresponde ao mínimo existencial. A discricionariedade do legislador encontra-se garantida até onde seja assegurado à população um mínimo existencial do direito fundamental. Em seu posicionamento, considera-se como desproporcional qualquer medida que não se revele apta a garantir essa proteção mínima.

previsibilidade aos resultados decorrentes dos juízos ponderativos e, por via de consequência, maior segurança e estabilidade à ordem jurídica, sem, com isso, desconsiderar as especificidades de cada caso concreto.

Entre os parâmetros, destacam-se: a existência de ameaças relevantes, atuais ou iminentes, ao direito fundamental do cidadão; a urgência; a intensidade da lesão, como iminente perigo de vida em caso de indeferimento do pedido; o grau de certeza quanto à eficiência da medida pleiteada; a natureza e a hierarquia do bem jurídico em risco; a hipossuficiência do titular do direito fundamental; as condições para a sua autodefesa na situação do perigo, ou seja, a possibilidade de o indivíduo acessar os bens que almeja judicialmente por seus próprios meios; bem como os acréscimos marginais do sacrifício imposto e do benefício proporcionado¹¹⁷⁹.

Assim, os fundamentos empregados para a caracterização objetiva desse nível de insuficiência são de extrema relevância. Há a preocupação de que as indeterminações dos conteúdos normativos afetos à dignidade da pessoa humana e ao mínimo os transformem em institutos vazios, que recepcionem todo e qualquer entendimento casuísta do julgador. Defendemos que o transporte desses conceitos abertos às sutilezas dos casos concretos deva ocorrer mediante uma fundamentação racionalmente motivada, baseada em critérios consistentes. É preciso evitar que decisões judiciais que adotem esses conceitos sirvam, deliberadamente, de pretextos retóricos utilizados como escudos, apenas e tão somente, com o objetivo de não revelar a opinião preconcebida do julgador sobre o caso a ele apresentado.

A partir da aplicação dos critérios indicados e uma vez constatado que o Estado não realizou o mínimo, privando o cidadão de condições essenciais à sua sobrevivência e que o submeteu a uma situação emergencial de absoluta desrazoabilidade¹¹⁸⁰, deve o Juiz impor à

¹¹⁷⁹ Para um melhor aprofundamento a respeito do princípio e dos critérios apontados pela doutrina no sentido de identificar a prática de uma violação pelo Estado ao não realizar o seu dever de promoção, conferir: JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 85/95 e 120/125; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, op. cit., p. 236 e 307/311; JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e Inconstitucionalidade*, vol. II, op. cit., p. 189/191 e 258; JORGE SILVA SAMPAIO, *O dever de Proteção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias*, op. cit., p. 145/158 e 202/207; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 273 e CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 108/111.

¹¹⁸⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Sociais*, op. cit., p. 308/311). O autor apresenta um interessante contributo ao tema ao posicionar o mínimo social e a razoabilidade como subprincípios que contribuem para a promoção do alcance jurídico do princípio da proteção do défice. Para ele, ambos os critérios possuem natureza aberta e deverão ser preenchidos pelo intérprete, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Enquanto a definição do mínimo possui uma relação estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana, a razoabilidade constitui uma avaliação sob o ponto de vista dos afetados, dos prejuízos provocados em

Administração a obrigação de realizar uma prestação, ainda que não a pretendida pela parte autora. O objetivo é cessar a situação degradante, de modo que o pleito prospere sobre quaisquer repercussões negativas que possam acarretar ao planejamento financeiro e orçamental do Estado.

Nos casos de controle de constitucionalidade das omissões que violem o mínimo existencial, as alegações referentes à reserva do possível não merecem prosperar. No entanto, nem por isso, as regras orçamentais podem ser descumpridas pelo Poder Público. Mesmo que o gasto contido na determinação judicial não esteja previsto no orçamento ou esteja incluso no expediente, mas com dotação insuficiente, deve o Poder Público efetuar os procedimentos orçamentais adequados para o cumprimento da decisão, tais como os processos de abertura de créditos adicionais.

De igual forma, é importante ressaltar que a atuação jurisdicional em relação ao mínimo não precisa necessariamente produzir efeitos imediatos. Se a situação concreta permitir, o ideal é que o Magistrado declare a violação inconstitucional e, em seguida, repasse à Administração o dever de sanear-la, em prazo razoável, de acordo com a emergência da situação, para que o ente público escolha a melhor forma de promover o direito violado por meio de remanejamentos orçamentais.

A realocação de recursos exige, em essência, escolhas alocativas. É preciso decidir quais serão os créditos sacrificados em detrimento do gasto determinado pela Justiça. Escolhas essas que, em regra, não devem ser feitas pelo Judiciário, mas sim pelos próprios poderes democraticamente eleitos. São eles os verdadeiros conhecedores e realizadores do planejamento orçamental, com capacidade cognitiva ampla sobre a realidade financeira do Estado, sobre as necessidades sociais e sobre todas as suas peculiaridades.

Nesse momento, revela-se importante abrir um parêntese para falar, ainda que brevemente, da sistemática vigente no ordenamento pátrio em relação às formas de realização das decisões judiciais impostas à Administração.

Como regra geral, após o trânsito em julgado das decisões judiciais, o adimplemento da despesa delas decorrentes é feito por meio de precatórios¹¹⁸¹. Trata-se de uma ferramenta

suas esferas pessoais, em razão das violações inconstitucionais por omissão praticadas pelo Estado.

¹¹⁸¹ Para um melhor aprofundamento do tema, ver MARCUS LIVIO GOMES, VICTOR BENIGNO PORTO, ABHNER YOUSSEF MOTA ARABI, *“A influência da decisão das ADI’S 3.457 e 4.425 na correção monetária dos débitos da Fazenda Pública: A aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/99 e o tema 810 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal”*, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira

pela qual o juiz que prolatou a decisão comunica o presidente do tribunal respectivo para que requisite, do Poder Público, a verba necessária ao pagamento do credor. De outro lado, tem o ente público a obrigação de cumprir com a requisição judicial, prevendo as despesas inscritas até 1º de julho de cada ano, na lei orçamentária vigente no exercício financeiro seguinte¹¹⁸².

Todos os valores que precisam ser repassados pelo Executivo aos tribunais devem constar na Lei Orçamentária Anual, para fins de pagamento dos precatórios, ao longo do ano¹¹⁸³. Isso porque a despesa pública deve ser precedida de autorização legal orçamental. Porém, não compete à Administração escolher os créditos a serem contemplados na fase de execução, sendo imperativo seguir a ordem cronológica de apresentação dos precatórios¹¹⁸⁴,

Torres, *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 325/346; JOSÉ AUGUSTO DELGADO, “Precatórios: possibilidade de sequestro de verba pública (SS 2.287, RE 583.932) e a ADI 4.357 e a recente modulação de efeitos”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres, *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p.195/218; SANDOVAL ALVES DA SILVA, “Aspectos orçamentários e constitucionais da requisição de pequeno valor – RPV”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 461/489; FERNANDO FACURY SCAFF, *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*, op. cit., p. 133/153; FERNANDO MOUTINHO RAMALHO BITTENCOURT e LUIS OTAVIO BARROSO DA GRAÇA, “Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Livraria do Advogado Ed., Porto Alegre, 2013, p. 193/236 e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Financeiro*, op. cit., p. 533/567.

¹¹⁸² Cf. artigo 100, caput e §5º, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁸³ O autor SANDOVAL ALVES DA SILVA (*Aspectos orçamentários e constitucionais da requisição de pequeno valor – RPV*, op. cit., p. 464/465) apresenta os fundamentos históricos que culminaram com a introdução dos precatórios na ordem jurídica brasileira. Segundo ele, as manipulações indevidas praticadas pelos parlamentares no Congresso Nacional, no início do século XX, fazia com que houvesse a exclusão ou a inclusão no orçamento dos débitos decorrentes das sentenças judiciais, a depender das amizades ou inimizades dos membros do Legislativo. Após as suas inclusões orçamentais, o Executivo também os atendia ou não, de acordo com os seus próprios interesses e conveniências. Assim, com o propósito de estabelecer uma regra objetiva e indistinta a respeito do pagamento dos dispêndios estatais em favor dos seus respectivos credores, criou-se o instituto dos precatórios, os quais foram disciplinados, pela primeira vez, na Constituição Federal de 1934.

¹¹⁸⁴ Essa questão foi objeto de análise, no Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº 583.932. Em breve resumo, o estado da Bahia promoveu a exclusão do precatório referente ao primeiro lugar da fila de pagamentos, sem que tivesse havido qualquer determinação do Presidente do Tribunal de Justiça nesse sentido. Inconformada, a credora impetrou mandado de segurança, tendo o referido tribunal determinado o sequestro de verbas públicas do valor devido ao impetrante. Ao encaminhar a causa à Suprema Corte, o estado da Bahia pleiteou a revisão da ordem de sequestro proferida pela Corte baiana. Ao decidir a demanda, o Supremo Tribunal Federal a julgou nos seguintes termos: “Recurso extraordinário. Exclusão pelo Estado, de precatório da ordem cronológica de pagamento. Ausência de determinação do presente do Tribunal de Justiça. Contrariedade ao §2º do art. 100 da Constituição da República. Alegação de preterição não comprovada. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. 1. O Tribunal de origem concedeu a segurança para determinar o sequestro de verbas públicas tendo em conta a retirada, por iniciativa do Estado da Bahia, de precatório que figurava no primeiro lugar da ordem de apresentação, sem determinação do Presidente do Tribunal de Justiça. Circunstância configuradora de preterição da ordem cronológica de pagamento (§2º do art. 100 da Constituição). Entendimento confirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2.287, Relatora a Ministra Ellen Gracie. 2. Concluir de forma diversa daquela assentada pelo Tribunal de Justiça demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento que não pode ser adotado em recurso extraordinário, conforme dispõe a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento”. (STF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 06.09.2013).

bem como as prioridades já estabelecidas pelo texto constitucional¹¹⁸⁵.

Ocorre que a morosidade em torno do sistema de precatórios, inclusive a necessidade de trânsito em julgado da sentença que os fundamentou, é incompatível com a natureza das matérias afetas ao mínimo, que pressupõe situações de gravidade, urgência e vulnerabilidade. Na ordem jurídica brasileira, existem outros instrumentos processuais capazes de viabilizar, com maior celeridade, a concretização das decisões judiciais, inclusive em caráter liminar.

Trata-se das determinações judiciais de bloqueio e de sequestro de verbas públicas¹¹⁸⁶, que interferem imediatamente no orçamento do Estado. Sem dúvida, essas modalidades de intervenção são mais condizentes à urgência e à gravidade das violações inconstitucionais envoltas ao mínimo. Resta saber como desenvolvê-las de forma efetiva, sem que haja afronta ao sistema jurídico-constitucional vigente e às competências orçamentais dos demais poderes constituídos.

A primeira premissa a ser considerada é que o mínimo não envolve apenas a

¹¹⁸⁵ Os créditos inscritos nos precatórios podem ser de duas naturezas: os considerados ordinários e os de natureza alimentar, os quais são imprescindíveis à subsistência do próprio credor e da sua família, nos termos do artigo 100, §1º da Constituição Federal de 1988. Em relação a estes, a Constituição Federal estabeleceu uma escala de preferência, para que os seus pagamentos ocorram primeiramente sobre todos os demais débitos. Por sua vez, dentro dos próprios créditos alimentares, a prioridade deve ser para o atendimento de titulares que possuam mais de 60 (sessenta) anos de idade ou que sejam portadores de doenças graves ou de deficiências, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para o pagamento das obrigações de pequeno valor. De outro lado, os créditos de pequeno valor não se sujeitam à regra dos precatórios, sendo pagos imediatamente pelo Estado. Trata-se de uma exceção criada pela própria Carta Constitucional em relação ao seu artigo 167, I e II. Logo, o pagamento dos créditos de pequeno valor dispensa a necessidade de prévia autorização orçamentária da despesa pública. Sobre o tema, ver EDUARDO ANDRÉS FERREIRA RODRIGUES, *Débitos judiciais no orçamento público*, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, ano 41, nº 163, jul./set. 2004, p. 393/401.

¹¹⁸⁶ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema, no bojo do Agravo do Recurso Extraordinário nº 665.707. A demanda versava sobre a possibilidade de realização de sequestro de verbas públicas para o pagamento de crédito em favor de portador de doença grave, sem observância à regra dos precatórios. Em seu voto, o Ministro Relator Luiz Fux destacou que: “(...) não se trata de debater o conflito entre o interesse de salvaguardar a intangibilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana em detrimento de interesses meramente financeiros do Poder Público, ou efetividade como alegado pelo Tribunal *a quo*, mas em discutir o caminho jurídico utilizado pelo recorrido e deferido pelo Tribunal Trabalhista, pois já existente no sistema constitucional instrumento adequado para atender aos credores doentes e idosos o art. 100, §2º, sob pena de violar também o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, II, da CF/88 e o sequestro não é previsto aos casos de pessoas portadores de doenças graves, mas sim a preferência (fls. 92-113). A questão constitucional posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal, portanto, cinge-se na discussão, à luz dos artigos 5º, II, e 100, caput e §2º, da Constituição Federal com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009, sobre a possibilidade, ou não, do sequestro de verbas públicas para pagamento de crédito ao portador de doença grave sem observância à regra dos precatórios. A meu juízo, o recurso merece ter reconhecida a repercussão geral, haja vista que o tema constitucional versado nestes autos é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, uma vez que alcança uma quantidade significativa de credores da Fazenda Pública e poderá ensejar relevante impacto financeiro no orçamento dos entes públicos. Diante do exposto, nos termos do art. 543-A, §1º, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo. 323, §1º, do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, submetendo-a à apreciação dos demais Ministros desta Corte”. O feito encontra-se pendente de julgamento. (STF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 18.10.2012)

sobrevivência estritamente considerada, mas sim a sobrevivência digna nos moldes definidos pela Constituição Federal. Logo, mesmo dentro desse mínimo, há uma gradação de situações de maior ou menor gravidade, perenidade e vulnerabilidade¹¹⁸⁷. As situações fáticas que, por exemplo, possam importar em risco à própria existência individual não podem esperar e admitem posturas mais ativistas por parte do Poder Judiciário. Outras nas quais os riscos não recaem precisamente sobre ameaça de dano iminente, como a vida ou a morte de uma pessoa, devem ser coibidas com celeridade, mas não obrigatoriamente de forma imediata, mediante o bloqueio e/ou o sequestro de receitas públicas, por exemplo. Isso porque envolvem a existência digna e tratam de matérias de extrema relevância, porém não a própria sobrevivência humana.

Assim, é possível estabelecer uma gradação objetiva de condutas ofensivas ao mínimo que podem ir desde aquelas que tocam mais de perto o núcleo existencial, como o direito à alimentação e o direito à vida, até aquelas que se posicionam um pouco mais distantes da sua essencialidade, embora ainda estejam abrangidas nessa noção, correspondendo ao núcleo de condições materiais mínimas que compõe a dignidade de maneira tão fundamental.

Imaginemos a situação de pessoas que estejam custodiadas no interior de uma delegacia de polícia, cuja alimentação não está sendo provida periodicamente pelo Estado. Está-se a tratar da privação do direito alimentar de pessoas que não dispõem de liberdade para, por si, sanarem esse direito de fundamentalidade inquestionável. Sem sombra de dúvida, nessa hipótese, não há tempo para que eventual decisão judicial contra o Estado seja incluída no orçamento do exercício seguinte. É preciso que providências sejam tomadas, com a máxima urgência, a fim de que o acesso à alimentação seja garantido aos detentos. A execução da decisão judicial que determinar a concretização de gastos públicos para este intento deve ser imediata, sendo admissível até mesmo o sequestro de verbas públicas, em caso de injustificada mora estatal para o cumprimento da determinação judicial.

Esse recorte em relação às formas de cumprimento das decisões judiciais que

¹¹⁸⁷ Essa distinção pode ser feita mesmo em relação ao direito à saúde. Se os próprios profissionais da área se utilizam de protocolos para classificar o risco dos pacientes, a exemplo do Protocolo de Manchester, não se consegue entender o motivo de, na jurisprudência brasileira, não se conseguir aferir critérios distintivos capazes de avaliar o grau de urgência do caso e da perenidade do bem, objeto de tutela jurisdicional. O que se percebe nos julgados é a preconcepção do julgador de que, uma vez se tratando do direito à saúde, está-se diante de um caso urgente e afeto ao mínimo existencial, de cumprimento obrigatório e imediato, sem maiores delongas no âmbito da argumentação jurídico-constitucional.

importam em despesas públicas revela-se crucial, uma vez que se tem assistido, nos fóruns e tribunais brasileiros, a realização indiscriminada de bloqueios e, até mesmo de sequestros de receitas disponíveis nas contas bancárias em nome do ente estatal, ora demandado. O tema é tratado de forma corriqueira, como uma decorrência lógica da atuação judicial, sem maiores consequências orçamentais e atentatórias ao princípio da separação dos poderes, o que, evidentemente, não corresponde à realidade.

O fundamento que subsidia essa postura extremamente ativista e, porque não dizer invasiva, em certos casos, é baseado na tese de que é permitido ao Magistrado, de ofício ou a requerimento das partes, adotar todas as medidas que se fizerem necessárias para o cumprimento de decisões que reconheçam obrigações de fazer ou de não fazer¹¹⁸⁸. Dentro desse âmbito de possibilidades é que exsurtem o bloqueio e o sequestro de verbas, com cada vez mais frequência no dia a dia forense do país¹¹⁸⁹. Ocorre que as determinações de bloqueio e principalmente de sequestro de recursos são instrumentos extremamente intervencionistas. Não por acaso são também os mais controversos.

Afinal, a decisão que paralisa o uso do erário ou exige o desembolso imediato de valores pelo Estado, faz com que a alocação dos recursos seja feita diretamente pelo próprio

¹¹⁸⁸ Cf. artigo 536, do Código de Processo Civil. De outro lado, o artigo 100, § 6º da Constituição Federal de 1988 e os artigos 103 e 104, inciso I, do Ato das Disposições Transitórias Constitucionais – ADCT, estabelecem que o sequestro de verbas públicas somente deve ocorrer quando haja preterimento do direito de precedência, na listagem dos precatórios; quando não houver alocação orçamentária do valor necessário para o atendimento do débito e nas hipóteses em que não ocorra a liberação tempestiva dos recursos públicos para os seus adimplementos.

¹¹⁸⁹ Nessa conformidade, é válido destacar o julgamento do Recurso Especial nº 1.069.810, do Superior Tribunal de Justiça, considerado um dos pioneiros na análise da temática e replicado com frequência, na jurisprudência brasileira. Tratava-se de recurso interposto perante a Corte pela Sra. N.T.G.B, com o objetivo de rever a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que afastou o bloqueio de verbas nas contas do ente estatal, determinado pelo Magistrado de primeiro grau, para fins de respaldar o custeio de medicamentos, em benefício da autora. Em sua decisão, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, apontou que: “(...) Dessa forma, é lícito ao Julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Mormente no caso em apreço, no qual a desídia do ente estatal frente ao comando judicial emitido pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida da parte demandante. Sendo certo, portanto, que o sequestro ou o bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objeto da tutela deferida no Juízo Singular, mostra-se válida e legítima (...). Não se deve olvidar, também, a prevalência da tutela ao direito subjetivo à saúde sobre o interesse público, que, no caso, consubstancia-se na preservação da saúde da demandante com o fornecimento dos medicamentos adequados, em detrimento dos princípios do Direito Financeiro ou Administrativo. (...) Nessa linha de entendimento, deve-se concluir que em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade dos recursos da Fazenda, prevalece o primeiro sobre o segundo”. (STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 06.11.2013). Embora tenha determinado o bloqueio de verbas públicas, em detrimento do planejamento governamental e financeiro do Estado, o Ministro Relator não indicou, com clareza e precisão, o efetivo risco para a sua vida em caso de indeferimento do pedido; se o Sistema Único de Saúde dispunha de outros medicamentos com eficácia terapêutica similar; o grau de certeza quanto à eficiência da medicação pleiteada, tampouco a hipossuficiência da titular do direito fundamental.

magistrado, em prejuízo do planejamento gerencial e orçamentário do Governo. E, em comprometimento à continuidade de políticas públicas em curso, muitas delas sequer conhecidas pelo Judiciário.

Caso bastante interessante e ilustrativo foi o debatido no bojo da Suspensão Liminar nº 1.050, no Supremo Tribunal Federal¹¹⁹⁰. A associação sindical que representava os servidores da educação e da cultura do estado do Ceará conseguiu uma decisão liminar junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5, que determinou o bloqueio de R\$ 205 milhões (duzentos e cinco milhões de reais) das contas do Município de Fortaleza, para impedi-lo de dispor livremente dos recursos oriundos da execução de sentença proferida em outros autos, em que a União fora condenada a complementar os valores das transferências por ela realizadas pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica - FUNDEB, nos anos de 2005 e 2006. Segundo o sindicato, 60% (sessenta por cento) desse montante deveria ter como destinação específica o pagamento dos profissionais do magistério municipal. Em oposição, o Município de Fortaleza recorreu perante a Corte Constitucional, sob a alegação de que o bloqueio judicial gerou lesão às finanças municipais e ao planejamento do Governo, uma vez que foram imobilizados recursos de diversas contas do ente, muitos deles com destinações próprias, sem qualquer conexão com a área de educação e em prejuízo de inúmeras políticas públicas em andamento. Alegou, ainda, que os valores decorrentes da condenação imputada à União são de caráter indenizatório, não sendo necessária a sua vinculação para o pagamento de professores.

O feito foi distribuído para a Presidente da Corte à época, a Ministra Carmem Lúcia, que, ao decidir, suspendeu os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, sob o argumento de que não seria razoável que, enquanto se aguardasse o deslinde da questão de fundo contra a União, pudesse o Município ficar com valores de tamanha magnitude bloqueados, ao invés de aplicá-los na realização de políticas públicas de interesse da comunidade local.

Percebe-se, portanto, que o uso indiscriminado dessas ferramentas processuais pode ser extremamente prejudicial à organização financeira e orçamental dos entes públicos, a ponto de inviabilizar o cumprimento de outros deveres prestacionais fundamentais, inclusive de caráter obrigatório. A adoção de medidas constritivas dessa envergadura somente pode ser utilizada, em casos extremos, de absoluta urgência e vulnerabilidade, que envolvam, por

¹¹⁹⁰ Cf. SL 1050, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJ de 27.08.2018.

exemplo, a sobrevivência do indivíduo. E, ainda assim, a sua aplicação exige do Judiciário, um esforço reforçado de argumentação e pressupõe a inércia desarrazoada do Poder Público em resolver a questão.

Nesse sentido, determinações judiciais de bloqueio e de sequestro de verbas públicas se justificam quando a aplicação de outras medidas consideradas menos invasivas no campo da separação dos poderes tenham sido aplicadas e não atendidas pelo Poder Público. Está-se a falar da fixação de sanções a serem estabelecidas em desfavor do ente e/ou do gestor desidioso, tais como a aplicação de medidas de constrição patrimonial (astreintes)¹¹⁹¹; a responsabilização por atos de improbidade administrativa e por crimes de desobediência¹¹⁹² ou de responsabilidade, quando o agente público, dolosamente, deixar de cumprir a decisão judicial aplicada em desfavor do ente estatal¹¹⁹³.

Em vias de conclusão, pode-se afirmar que, se por um lado, o mínimo constitui um importante parâmetro de controle de constitucionalidade das omissões, por outro, não corresponde a um cheque em branco para que a atuação do Poder Judiciário se desenvolva de forma casuísta e absolutamente subjetiva. O que está em causa não é a melhor solução política para o desacordo constitucional, mas sim a fiscalização das violações inconstitucionais decorrentes de omissões provocadas pelo Poder Público, capazes de atentar contra a dignidade de maneira tão fundamental.

Para que esse controle se desenvolva sob a égide jurídico-constitucional é necessário que seja exercido sem excessos, com fundamentação consistente e em compatibilidade com os regramentos vigentes, inclusive no campo orçamental. Fenômenos como os verificados na jurisprudência brasileira, caracterizados pelo emprego indistinto e reiterado de bloqueios e de sequestros de verbas públicas, provocam uma total inversão no sistema orçamental, com disfunções graves e, em alguns casos, irreversíveis. Sem a devida valorização da funcionalidade constitucional dos orçamentos, dificilmente se terá um futuro exitoso para os objetivos descritos na Constituição Federal.

¹¹⁹¹ Esse instrumento vem recebendo severas críticas por parte da doutrina. Nesse sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER (*O controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 125/150) sustenta que a imposição de multa diária somente possui efetividade quando recai sobre o patrimônio particular do gestor público. Caso contrário, quem pagará pela desídia estatal será o próprio contribuinte. Ademais, a autora destaca que nesses casos, o pagamento da multa ficará adstrito ao sistema de precatórios, o que retira do instrumento a sua capacidade de coerção.

¹¹⁹² Cf. artigo 330, caput, do Código Penal.

¹¹⁹³ Cf. artigo 11, inciso II da Lei nº 8.429/92.

8.6 Observações finais

Na presente investigação, procurou-se demonstrar que o controle de constitucionalidade desenvolvido pelo Judiciário em relação às omissões estatais e aos deveres prestacionais constitui apenas uma das etapas de um processo longo, árduo e complexo em torno do orçamento. Na verdade, trata-se de uma ferramenta que somente deve ser utilizada quando todas as outras engrenagens do sistema não funcionarem adequadamente.

Com efeito, no plano abstrato, tudo está em absoluta sintonia e relação. A Constituição Federal estabelece aos poderes constituídos deveres fundamentais, de cunho promocional. Para realizá-los, a Administração planeja políticas públicas abrangentes e contínuas que envolvem, indubitavelmente, custos financeiros. Para executá-las, o Estado obtém receitas e, diante do cenário de escassez de recursos efetua escolhas e seleciona prioridades. Não há espaço para desperdício, ineficiência e corrupção nas ações e nos serviços essenciais à implementação dos direitos fundamentais.

Nesse processo, o orçamento exsurge como um instrumento facilitador para o atendimento das múltiplas finalidades estatais, um expediente normativo com funcionalidades política, econômica, técnica e jurídica. Por seu intermédio, é possível antever os objetivos da Administração e as suas prioridades.

No entanto, se por um lado compete aos poderes democraticamente eleitos considerar as realidades abrangentes e efetuar escolhas de inquestionável relevância à sociedade, por outro, deve recair sobre eles o ônus político decorrente de decisões mal sucedidas e as consequências jurídicas provenientes de comportamentos estatais em desconformidade ao sistema constitucional.

Quando disfunções jurídico-constitucionais ocorrem não é apenas o controle social que pode intervir. A Justiça Constitucional pode e deve atuar, com o intuito de fiscalizar as condutas estatais, sejam elas comissivas ou omissivas. Vale observar que os grupos minoritários possuem acesso irrestrito ao Judiciário, mesmo que não o tenham, em igual proporção, no processo político. Portanto, não se trata de uma participação invasora, “fora do tom”. A sua legitimidade decorre da própria Constituição Federal e é reforçada, diariamente, no exercício das atividades judicantes.

Embora legítima, não pertence ao Poder Judiciário a última palavra em todo e

qualquer desacordo constitucional. Em certos casos, é preciso agir com deferência às capacidades legal e cognitiva dos outros poderes. O que aqui se defende é que a fiscalização jurisdicional dos deveres promocionais do Estado seja desenvolvida, sempre, mediante fundamentação jurídico-constitucional adequada, inclusive e principalmente com abordagem, em profundidade, da temática orçamental. Por isso, foram definidos alguns parâmetros que podem contribuir no exercício do controle de constitucionalidade das omissões estatais, com repercussões orçamentárias.

Ao se deparar com desacordos dessa natureza, o juiz precisa avaliar o grau de densidade das normas constitucionais e legais que fundamentam as suas decisões e observar se os gastos públicos pleiteados são de caráter obrigatório ou discricionário. Ademais, é preciso que o julgador, também e conjuntamente, verifique se as despesas a serem geradas encontram-se ou não previstas, antecipadamente, nos expedientes orçamentários. E, se as suas realizações são necessárias para proteger a isonomia ou para resguardar um mínimo assegurado constitucionalmente, ainda que tais gastos não estejam previstos no orçamento.

No que diz respeito à intensidade do controle, o seu exercício se dará mais fortemente quando baseada em normas claras e objetivas, de alta densidade, capazes de imprimir ao gasto público um cunho obrigatório. Em não sendo o caso, a atuação judicial somente poderá ocorrer, com igual intensidade, em situações excepcionais, como nos casos de violações aos princípios da isonomia ou da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, após constatar a violação inconstitucional e, se os condicionantes do caso concreto permitirem, o ideal é que o Magistrado repasse à Administração o dever de sanear-la, em prazo razoável e efetue os consequentes remanejamentos orçamentais.

Para a caracterização da conduta omissiva estatal também deve ser levado em consideração o transcurso do tempo. A determinação do que seja um ‘prazo razoável’ depende de diversos fatores, tais como a perenidade do bem a ser tutelado; a complexidade e a relevância da matéria em exame; a existência de estudos já desenvolvidos sobre ela; as circunstâncias fáticas que a circundam e a existência ou não de previsões dos gastos almejados nos expedientes orçamentários. O juízo de razoabilidade a respeito do lapso temporal necessita de uma fundamentação clara e o mais objetiva possível¹¹⁹⁴.

Pode-se questionar que, em princípio, uma única determinação jurisdicional de

¹¹⁹⁴ Cf. JOSÉ FRANCISCO N. DA FONSECA, *O processo do mandado de injunção*, op. cit., p. 35/36.

efeitos imediatos não abalaria o orçamento global, pois existem recursos financeiros suficientes para o seu cumprimento. Contudo, as valorações que envolvem esses conflitos plurisubjetivos não podem se limitar a uma análise dual, como se verifica em muitas decisões judiciais que tratam do direito à saúde no país, em que é ponderado, de um lado, o direito à vida e, do outro, a reserva financeira do Estado. Nesse processo, é necessário avaliar interesses múltiplos, como os benefícios e prejuízos marginais produzidos com o (in)deferimento da medida¹¹⁹⁵, uma vez que inúmeras decisões em um determinado sentido podem vir a comprometer o cronograma de despesas e de receitas do Estado.

Sem dúvida, decisões dessa ordem precisam ser mais refletidas, não somente por impactarem os cofres públicos, mas porque podem desconsiderar as reservas discricionárias de que dispõem os poderes eleitos e, dessa feita, interferir na separação entre os poderes¹¹⁹⁶. Esse, aliás, é o ponto central a ser considerado, pois a questão não deve ser analisada sob uma ótica meramente de conveniência financeira, mas sim jurídico-constitucional.

Assim, com o objetivo de responder às indagações formuladas desde a introdução do trabalho, pode-se afirmar que, com base nos parâmetros desenvolvidos, nem sempre poderá o Judiciário, ao detectar uma violação inconstitucional, impor o cumprimento de uma determinada prestação, de forma específica e imediata.

Em relação às despesas obrigatórias, o controle judicial poderá ser mais efetivo, sem que se possa arguir, *a priori*, violações na seara da separação dos poderes. Isso porque foram os próprios poderes democraticamente eleitos que, de forma originária ou derivada, elegeram os fins e os meios para a realização de deveres selecionados por eles como prioritários, a ponto de estabelecer a obrigatoriedade do crédito orçamentário. Neste caso, compete ao Judiciário impor o cumprimento da prestação já fixada pelos demais poderes, mesmo que sem previsão orçamentária ou com dotação insuficiente. Por sua vez, é admissível, a depender da situação concreta, que haja a modulação dos efeitos de tal decisão, para que o seu cumprimento ocorra em prazo razoável, inclusive no exercício financeiro seguinte.

Em oposição, nos casos relativos aos créditos discricionários, a intervenção

¹¹⁹⁵ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 701.

¹¹⁹⁶ Ao tratar do tema, CESAR CAÚLA (*Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição: O caso de fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*, Ed. JusPodium, Salvador, 2010, p. 110) pondera que decisões judiciais que interferem na alocação de recursos desconsideram o direito de participação da população na formulação da vontade política do Estado. Com esse mesmo entendimento, ver HERMES ZANETI JR., *A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia*, op. cit., p. 59.

jurisdicional deve ser desenvolvida com cuidado redobrado. Isso para evitar que, sob o pretexto de coibir a violação, o Poder Judiciário não esteja criando ou substituindo políticas no lugar dos Poderes Legislativo e Executivo, a quem competem prioritariamente formulá-las e executá-las, no exercício das suas discricionariedades.

Logo, nas hipóteses envolvendo gastos de natureza discricionária, o controle jurisdicional precisa levar em consideração algumas circunstâncias, que podem ser sintetizadas da seguinte forma:

a) Se a Administração comprovar a existência de medidas alternativas que satisfaçam eficazmente a pretensão do autor deve prevalecer a política pública já assegurada pelo ente estatal, em conformidade ao seu planejamento gerencial e orçamentário, sendo o pleito indeferido pelo Judiciário;

b) Se não existirem opções substitutivas imediatas, mas se os direitos puderem ser promovidos de forma paulatina, dentro de um prazo razoável e gradativo, através de um cronograma apresentado pela Administração, deve o Poder Judiciário acatar a proposta do Poder Público e, determinar o seu cumprimento, respeitando-se os regramentos orçamentais, inclusive para que haja a sua previsão antecedente, em caso de ausência de prévia disposição;

c) Se o Estado alegar que não pode atender aos anseios do demandante, mas demonstrar que o direito fundamental em discussão está sendo promovido, através de outras frentes de trabalho, com a priorização de políticas públicas idôneas e eficientes que beneficiam inúmeras pessoas, ainda que não o próprio autor e que, contemplá-lo nesse momento, acarretaria um “efeito cascata”, insuportável aos cofres públicos, deve o Juiz respeitar a opção política do Poder Público e indeferir o pleito, principalmente na hipótese em que sequer haja previsão orçamental anterior;

d) Deve-se observar se a prestação está sendo ofertada a todo o público destinatário ou apenas parte dele. Se o cumprimento estiver ocorrendo em condições de injustificada desigualdade, deve o Judiciário intervir para restabelecer a isonomia, ainda que o Poder Público alegue que as dotações previstas no orçamento são insuficientes e de que se trata de gastos discricionários;

e) Ainda que relevantes todas as considerações sustentadas pelo ente estatal, se o pedido formulado na ação buscar atender a um mínimo protegido constitucionalmente, de modo que sem aquela prestação o indivíduo não poderia ser considerado como um sujeito de

direitos na comunidade em que está inserido, vivendo em uma situação pessoal inadmissível aos padrões razoavelmente definidos em um Estado de Direito¹¹⁹⁷, deve o juiz impor à Administração a obrigação de realizar uma prestação, ainda que não a pretendida pela parte autora, a fim de cessar tal situação degradante. Nessas hipóteses, os benefícios a serem usufruídos pelo demandante não são apenas significativos como essenciais à sua dignidade, prevalecendo sobre quaisquer repercussões negativas que possam acarretar no sistema orçamental. Mas, a fundamentação empregada para a delimitação desse mínimo é de absoluta importância e deve considerar as especificidades do caso concreto, a fim de evitar decisões baseadas em fundamentos genéricos e meramente subjetivos do julgador.

Posto isso, ao avaliar a inação estatal, o Judiciário necessita visitar os expedientes orçamentários e considerá-los como um caminho inderrogável ao exercício argumentativo racional das suas decisões. A busca por critérios mais uniformes para a atuação jurisdicional nos domínios financeiros favorece tanto o planejamento administrativo como direciona o próprio Poder Judiciário. Ao enfrentar, concretamente, todos esses pontos, reforça-se a legitimidade democrática da Justiça Constitucional, na medida em que a sociedade consegue identificar, com clareza, todos os motivos que subsidiaram a decisão. Trata-se de um efetivo, consistente e racional processo de convencimento dos seus espectadores.

Em sendo o próprio Poder Judiciário quem decide sobre a sua legitimidade para julgar um desacordo constitucional e se é ele quem determina, em última análise, os limites da sua atuação, é fundamental que o faça da maneira mais precisa possível, para que não atue menos do que o necessário, deixando de proteger os direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, não faça mais do que pode realmente realizar. Segundo Gilberto Amado “querer ser mais do que se é, é ser menos¹¹⁹⁸”. Somente a partir da identificação desses limites, é que o Poder Judiciário, órgão responsável pelo controle dos demais poderes estatais, passará a ser, também, controlado. E isso é fundamental. Não há poder constituído que seja absoluto.

É provável que a resposta aos problemas aqui apresentados não seja tão precisa como se esperava. Não se pode esquecer que não estamos analisando uma equação matemática, em que uma fórmula pode produzir um resultado exato sobre a questão. Esperamos, ao menos, ter

¹¹⁹⁷ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, cit., p. 310.

¹¹⁹⁸ Cf. GILBERTO AMADO, *apud* Luís Roberto Barroso, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*, Revista Interesse Público, v. 9, nº 46, nov./2007, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em: 01.03.2012.

contribuído na apresentação e na sistematização de um tema complexo, repleto de peculiaridades, o qual já vem sendo objeto de um intenso debate travado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.

É possível, ainda, aventar a hipótese de que as conclusões desse trabalho conduzam a um esvaziamento na atuação dos juízes, uma vez que, segundo o nosso entendimento, as questões envolvendo deveres prestacionais devem ser resolvidas mais no âmbito político do que no jurídico. Porém, essa compreensão pode ser reconsiderada se pensarmos que muitas das omissões administrativas referem-se às escolhas já definidas pelo legislador e, nessas hipóteses, entendemos que a intervenção jurisdicional deve ser mais efetiva.

De fato, a inércia governamental brasileira não ocorre tanto em virtude da ausência de leis e de expedientes normativos, mas, principalmente, em razão do descumprimento, pelos poderes constituídos, dos estatutos já vigentes, no ordenamento. De qualquer forma, espera-se que, futuramente, a intervenção jurisdicional diminua também nessa seara, quando não se lamentará por eventual enfraquecimento do Poder Judiciário. Ao contrário, se comemorará pela ocorrência de um fenômeno muito mais significativo: o fortalecimento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

CONCLUSÕES

Diante dos argumentos expostos, pode-se inferir que:

1. A análise dos antecedentes históricos revela a importância do orçamento para a administração financeira do Estado. A complexidade de nossa sociedade desafia os operadores a redesenharem o gerenciamento público em prol de uma gestão eficiente e com capacidade financeira para atender, com efetividade, às múltiplas funções estatais. Nesse contexto, o orçamento passa a ser concebido como uma ferramenta facilitadora essencial, um instrumento com funcionalidades política, econômica, técnica e jurídica, que promove o controle da Administração no campo da alocação de recursos, fortalece o planejamento e produz desdobramentos na estabilidade econômica de um país, com reflexos diretos na distribuição de renda e de riqueza à população.

2. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Assembleia Constituinte almejou estabelecer um Estado intervencionista e planejador, com função redistributiva. Nesse ambicioso projeto de construção de um Estado Social, em um país de dimensões continentais, com desigualdades sociais e culturais marcantes, o orçamento ressurge como seu eixo propulsor, com o propósito de direcionar todas as políticas públicas a serem desempenhadas pelo Poder Público e de conduzir os recursos públicos ao atingimento das finalidades constitucionais. Logo, o instituto solidifica-se na sua função de garantia. Um verdadeiro estandarte democrático, responsável pelo equilíbrio e pela fiscalização entre os poderes. Um instrumento a serviço da Constituição e do povo brasileiro.

3. O Legislador Constituinte definiu, com vagar, o processo legislativo orçamental, previu múltiplos princípios e introduziu, em detalhes, três estatutos voltados à sua operacionalização, além de elencar diferentes espécies de créditos adicionais. Ao analisar o orçamento público sob uma ótica global pode-se afirmar que o maior legado deixado pelo Legislador Constituinte de 1988 foi introduzir um sistema que possui organicidade e coerência com todo o texto constitucional, principalmente com os seus fundamentos e objetivos. Com base nessa unidade sistêmica, a atividade financeira do Estado não pode ser concebida como uma ação desgovernada, de execução aleatória e meramente subjetiva.

4. Interessante notar como a sistemática constitucional do orçamento criou um

importante ciclo caracterizado pela retroalimentação das informações e dos processos que o englobam. Em síntese, a Constituição fixa os desafios macro a serem enfrentados e os direitos fundamentais a serem respeitados, protegidos e promovidos pelo Poder Público. Para tal mister, o Estado tem que planejar a sua linha de atuação e angariar recursos. Como os recursos são escassos, é preciso selecionar prioridades. No processo de escolha, o gestor tem que ter como norte os objetivos constitucionais. A depender de como são feitos os gastos, os objetivos constitucionais poderão ser mais ou menos atendidos. Em sendo assim, para saber se o gasto está ou não de acordo com o ordenamento jurídico é importante observar o caminho trilhado pelo governante e verificar se houve coerência à sistemática constitucional vigente.

5. Planejar, executar e avaliar constituem tarefas que compõem o ciclo orçamentário, que pode ser definido como um processo contínuo e ágil, cujas fases se repetem periodicamente e se realimentam, através do qual se elabora, aprova, executa, avalia e controla a atividade financeira do Estado. Cada uma das suas etapas, cuja duração é superior ao exercício financeiro, corresponde a desdobramentos que perpassam pelas esferas de decisão dos poderes detentores da competência orçamental, sob a fiscalização de diversas instituições e, principalmente, da própria sociedade.

6. De acordo com o tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988, recai sobre o Chefe do Poder Executivo a competência para a elaboração, execução e avaliação orçamental. Para o cumprimento das suas tarefas, o Governo deve desenvolver responsavelmente o seu papel de condutor da gestão financeira estatal. Os diagnósticos que fomentam o planejamento necessitam corresponder às necessidades sociais e conter clareza e precisão. É preciso aderência governamental ao quanto programado e os resultados angariados devem ser avaliados internamente.

7. Para o regular desenvolvimento de todas essas ações estatais, o Governo não atua isoladamente e necessita contar com o apoio parlamentar, sendo imprescindível interagir com o Congresso Nacional e obter governabilidade. Contudo, as interferências na condução do orçamento não são pequenas e não nos passaram despercebidas. O custo da governabilidade no país é alto, uma vez que a arquitetura institucional idealizada não se reflete, com rigor, na prática. Evidência decorrente de uma herança cultural que trata a arena política como palco de relações guiadas pelos mais diversos interesses, não raro, em prejuízo daqueles que não têm penetração política efetiva e que pouco ou nada usufruem do sistema posto.

8. A ordem política brasileira constitui um sistema baseado em coalizões

multipartidárias, composta por diversos partidos políticos fragmentados, muitos deles com pouca representatividade no cenário nacional, o que pode dificultar a sustentação política da Presidência da República e até mesmo tornar a gestão pública ingovernável. Nesse processo, a luta pela obtenção da maioria pode basear-se em práticas fisiologistas, com distribuições de cargos e demais benefícios governamentais. O Estado brasileiro é fortemente permeável aos interesses de particulares e de grupos que compõem o cenário político, econômico e social, havendo concreto risco de cooptação dos agentes públicos para o atendimento de finalidades dissonantes do texto constitucional.

9. No campo orçamental, não é incomum a Administração Pública utilizar-se do protagonismo que exerce durante as fases de elaboração e de execução orçamentária como estratégia para conseguir o apoio parlamentar necessário nas votações que discutam projetos do seu interesse. Se os parlamentares se mantiverem fiéis à base do Governo, terão mais chances de que as suas emendas orçamentárias sejam concretizadas pelo Executivo. O Legislativo contribui para acentuar as disfunções do sistema, com intervenções pontuais e direcionadas primordialmente à sua sobrevivência política, ainda que com ganhos sociais marginais e/ou para assegurar os interesses dos financiadores das suas campanhas políticas em detrimento dos seus eleitores. Trata-se de uma moeda de troca. Uma relação cíclica e nada virtuosa entre os poderes detentores da competência orçamental, revelando um grave problema em torno da representatividade.

10. A concentração de poder nas mãos do Executivo contribui para que o Governo realize os gastos públicos em consonância aos seus interesses, vinculando-se apenas ao que não pode realmente se abster. Destarte, as deliberações e decisões parlamentares perdem relevância e espaço na arena política nacional. A convergência de poder em direção ao Executivo, somada à subserviência do Legislativo e às deficiências no processo de participação popular provoca um déficit democrático sem precedentes no ordenamento constitucional brasileiro.

11. Nesse contexto, é impossível conceber o processo orçamental à margem do princípio da transparência. É ele que assegura, em grande medida, a coerência do sistema orçamentário no Estado Democrático de Direito. Informações claras e objetivas não podem mais deixar de ser repassadas à população e às demais instituições de controle. Trata-se de um mecanismo de aproximação entre o Estado e o cidadão, uma vez que possibilita a participação ativa desse último no cenário político do país. O princípio da transparência compele o gestor a

atender as demandas sociais com racionalidade, eficiência e probidade.

12. Do mesmo modo, a etapa de responsabilização revela-se essencial ao controle da gestão orçamentária. O sistema precisa dispor de diversos mecanismos de punição contra aqueles que deixarem de observar o dever de agir em prol da realização do interesse público. Não há espaço no sistema orçamental para condutas desviantes, fisiológicas, e muito menos corruptas.

13. O descrédito no manuseio ético do orçamento fragiliza instituições, partidos, políticos, a política em si e a própria cidadania. Quando os serviços públicos não se concretizam, a população pode até não saber exatamente quais iniquidades sistêmicas precederam o resultado e que, ao final, comprometeram o seu êxito. Contudo, na visão dos cidadãos, algo não vai bem. A Constituição Federal e os direitos fundamentais não vão bem. Ao não se sentir fazendo parte do sistema, a lógica natural do indivíduo é repensá-lo e buscar, por outros meios, formas capazes de concretizar direitos que foram conquistados de maneira árdua, após um processo lento, que custou caro para muitas pessoas e famílias, que lutaram bravamente em prol da redemocratização do país.

14. Certo é que o controle do orçamento não constitui apenas um tema a ser debatido e desenvolvido na arena política, devendo ser exercido também sob a égide jurídico-constitucional. Nesse plano, deveres jurídicos governamentais podem ser extraídos dos dispositivos orçamentários. Em nosso entendimento, a divisão dicotômica do orçamento, introduzida pela teoria clássica orçamental, não possui amparo constitucional. Ao tratar das finanças públicas, a Constituição Federal de 1988 não traz qualquer dispositivo constitucional que evidencie o dualismo legislativo. Os estatutos orçamentários são tratados pelo que verdadeiramente são: leis em sentido formal e material. Admitir a construção labandiana, justificável em seu tempo e circunstância, apequena o papel do Parlamento brasileiro e do controle social como um todo.

15. Vista de forma global, o orçamento corresponde a um sistema orgânico único, em certa medida de cunho provisional. Contudo, em seu bojo, existem dispositivos detentores de comandos distintos, formados não somente por autorizações, como também por proibições e determinações. Cada um deles com densidade, conteúdo e alcance diferentes, de onde se extrai que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem créditos orçamentários de cumprimento obrigatório e outros de cumprimento discricionário. De igual forma, a lei orçamental constitui um expediente normativo formado por diversos preceitos, capazes de

conter prescrições concretas ou abstratas, cujos efeitos atingem sujeitos determinados e indeterminados, a depender da situação.

16. A análise do complexo arcabouço orçamentário não pode prescindir de um fenômeno que se destaca indispensável ao gerenciamento governamental, a flexibilidade orçamental. Nem sempre as previsões iniciais contidas na elaboração do orçamento se confirmarão, com exatidão, no futuro, durante a sua execução. Esse fluxo mutável de ocorrências interfere no desempenho das tarefas governamentais estabelecidas e, nos resultados almejados. Assegurar ao Poder Público certa flexibilidade no trato com o orçamento é possibilitar que o Governo compatibilize as decisões anteriormente tomadas com as novas intercorrências existentes no curso do exercício financeiro. É permitir que o Poder Público desenvolva condições que lhe possibilite seguir em frente, sem perder de vista as prioridades e os objetivos traçados pela Constituição Federal e pelos demais estatutos orçamentários.

17. Apesar de a atividade governamental conviver com a flexibilidade, o instituto orçamentário – produto da conjugação de esforços do Executivo e do Legislativo – deve, *a priori*, vincular a atuação governamental, durante a etapa executiva. Os seus inadimplementos, total ou parcial, exigem fundamentação jurídico-constitucional por parte da Administração. A vinculação, ainda que *prima facie*, das normas orçamentárias, atrelada ao dever da Administração de motivar as suas opções, constitui o caminho político e juridicamente adequado para que a gestão financeira estatal seja exercida com consistência e credibilidade. Quando iniquidades sistêmicas são praticadas, ainda que em nome da discricionariedade orçamental, a reposição da regularidade se impõe. Não se pode tolerar o exercício da flexibilidade orçamentária sem limites, a sobreposição integral de um poder sobre o outro.

18. No papel de controle, a intervenção do Poder Judiciário revela-se legítima. Nem sempre o controle democrático formal, exercido principalmente através dos pleitos eleitorais, é suficiente. A legitimidade democrática originária do Poder Legislativo e do Poder Executivo, fruto da sua investidura, cede diante da ilegitimidade no exercício da função. Se os direitos fundamentais constituem, de fato, um trunfo contra a maioria, a constatação de eventuais abusos demonstra-se, na realidade nacional, mais apropriada se feita por um órgão específico e independente. Não à toa, esse foi o caminho trilhado pelo próprio Legislador Constituinte ao admitir a *judicial review* e estabelecer que o sistema de freios e contrapesos inerentes ao Estado Democrático de Direito somente seria alcançado com a participação ativa de um órgão

imparcial e dotado de garantias capazes de assegurar tal isenção, qual seja, a Justiça Constitucional.

19. O que possibilita que um ato do Poder Público, ainda que de reserva do poder político, seja submetido ao controle jurisdicional, não é propriamente a sua natureza, mas sim o fato de provocar uma violação inconstitucional em um direito fundamental. De outro lado, embora os atos estatais não se encontrem à margem do direito, o controle de constitucionalidade não pode ocorrer da mesma forma e em igual profundidade. Cada situação de afetação inconstitucional deve ser analisada detalhadamente e de forma motivada pela Justiça Constitucional.

20. Para além do debate em torno da legitimidade democrática e do princípio da separação dos poderes, quando a Justiça Constitucional é convocada para intervir em processos que debatem a inércia estatal no cumprimento dos deveres prestacionais é muito comum a Administração apresentar, em sua defesa, argumentos em torno da reserva do financeiramente possível. Aqui, o bem existe materialmente, mas não pode ser fornecido pelo Estado por motivos de indisponibilidade jurídica, como a falta de previsão orçamentária para a feitura da despesa pleiteada ou em decorrência da dotação insuficiente de recursos. Trata-se de discussões de fundo que são trazidas à tona, pois as concretizações dos deveres prestacionais geram custos. Logo, não é possível falar em reserva do financeiramente possível, sem necessariamente voltar-se para o orçamento do Estado.

21. As limitações financeiras relacionadas à reserva do possível não constituem uma situação falaciosa, mas as alegações estatais nesses domínios precisam ser avaliadas criteriosamente. Uma concepção diferente da reserva do financeiramente possível acarretaria a inviável conclusão de que o Poder Público tem o dever de conceder à população, de forma imediata, integral e absoluta, todos os direitos fundamentais dispostos no texto constitucional, uma vez que questões de ordem financeira e orçamentária não poderiam se sobrepor à concretização de direitos dotados de fundamentalidade. Ou, de outro giro, ter-se-ia um desenlace diametralmente antagônico, no sentido de que o Estado pode utilizar-se do argumento em torno do financeiramente possível como um escudo intransponível, sem qualquer obrigação de justificar as suas escolhas, dando azo às decisões voluntaristas e desmotivadas.

22. Frente aos aspectos apresentados, é necessário que se faça, com rigor, a fiscalização dos chamados *trade-offs* eleitos pelo Poder Público, para observar se os objetivos

constitucionais estão, de fato, sendo respeitados e se os direitos fundamentais priorizados pelo Legislador Constituinte não se transformaram em um mero conjunto de promessas de cunho ideológico, desprovidos de eficácia social. Ao Judiciário, mas não somente a ele, compete essa fiscalização. Destarte, a construção da democracia não é feita por uma única instituição. O desafio é justamente definir os limites dessa atuação, ou seja, identificar quando e como o Poder Judiciário deve agir.

23. No Brasil, a Justiça Constitucional tem, rotineiramente, sido conclamada pela população para interceder em questões afetas às violações dos deveres promocionais do Estado, adentrando em um terreno já ocupado pelas forças políticas representativas. Ocorre que ao atuar, o Judiciário tem desenvolvido as suas atividades de forma marcadamente ativista. Reflexo, em grande medida, do perfil essencialmente programático da Carta Política pátria e da ineficiência dos poderes com competência orçamental para responder, de forma célere e adequada, às novas exigências constitucionais.

24. A postura ativista da Justiça Constitucional dá azo à prolação de inúmeras decisões manipulativas de cunho aditivo. E, em que pese às múltiplas espécies de decisões com efeitos aditivos, não nos parece adequada a sua utilização indiscriminada, tal como visto nos precedentes brasileiros. É preciso ter cautela para que o Judiciário não provoque verdadeiros rompimentos ou revisões constitucionais, promulgando-se um direito de cunho originário, sem qualquer amparo na Lei Fundamental e em clara falta de deferência às capacidades orçamentais dos poderes eleitos. As análises realizadas ao longo deste trabalho permitem concluir que a função da Justiça Constitucional é distinta e deve apurar se o direito constitucionalmente previsto no sistema foi ou não violado pelos demais poderes constituídos. É defeso aos magistrados efetuar a substituição das escolhas políticas realizadas pelos representantes democraticamente eleitos pelas suas próprias avaliações, ainda que sob o pretexto de conferir prevalência aos direitos fundamentais, em detrimento dos interesses financeiros do Estado.

25. Para evitar que rompimentos e revisões constitucionais sejam praticados pelas mãos do Judiciário, a intervenção jurisdicional deve, em primeiro lugar, ser desenvolvida com escoro às normas já dispostas na ordem jurídica. O texto normativo corresponde ao marco zero a fundamentar todo o processo hermenêutico. E, quanto maior a abertura e a indeterminação da norma invocada, maior deve ser o esforço argumentativo do julgador em desenvolver, de forma transparente, compreensível e motivadamente racional, o seu múnus.

Ao Magistrado compete, ainda, observar se a norma constitucional utilizada para subsidiar o complemento positivo da decisão corresponde à única solução normativa prevista pela Constituição ou se, ao contrário, verificam-se outras disposições alternativas em conformidade à ordem jurídico-constitucional e que se revelem igualmente aptas a suprir as omissões declaradas inconstitucionais. Não se pode ignorar a liberdade política de conformação do legislador e do administrador.

26. As Cortes Constitucionais não têm que se pronunciar, de forma ativista, sobre todas as matérias que lhe são expostas. Nas hipóteses em que os parâmetros da sua atuação não puderem se justificar com objetividade, a intervenção jurisdicional não se faz devida. Afinal, apesar de os direitos fundamentais terem a sua aplicabilidade direta reconhecida no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, não se pode afirmar que são normas sempre passíveis de concretização imediata, com efeitos plenos, pela Justiça Constitucional.

27. Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato e difuso de constitucionalidade, não foi possível identificar, com clareza, critérios objetivos que permitam delimitar a atuação da Justiça Constitucional, nos domínios orçamentais. A Corte não trata diretamente e com maior vagar do tema orçamental, principalmente em sede de controle difuso de constitucionalidade, apesar de proferir decisões com implicações alocativas. Constatou-se a utilização reiterada de conceitos vagos para fundamentar tais decisões, evidenciados em termos como “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “dignidade da pessoa humana”, desprovidos de uma delimitação jurídica mais precisa e individualizada ao caso concreto. Verificou-se, ainda, o uso indiscriminado de precedentes da Corte, sem que haja a demonstração detalhada da fundada semelhança entre as premissas fáticas e jurídicas do feito, objeto de julgamento, e do caso parametrizador.

28. Com o objetivo de contribuir com a temática, sugerimos alguns parâmetros para que o controle de constitucionalidade das omissões estatais com repercussões orçamentárias ocorra de forma mais objetiva e racional. As normas constitucionais possuem densidade diferente e tal distinção repercute no campo da justiciabilidade dos direitos fundamentais. Assim, a intensidade da vinculação jurídica de um direito fundamental depende do seu conteúdo ser mais concreto ou abstrato, mais determinado ou indeterminado, ou seja, de conter densidade suficiente ou não, para por si e sem interferência do legislador e/ou do administrador, produzir os seus efeitos essenciais.

29. Em relação a alguns direitos, o legislador constituinte e/ou infraconstitucional

criou normas consideradas de alta densidade, uma vez que possuem conteúdos precisos, dos quais se extraem os fins a serem alcançados pelo Estado; os meios pelos quais tais finalidades serão obtidas e o público-alvo destinatário. No campo orçamentário, as normas constitucionais e infraconstitucionais dotadas de alta densidade e que vinculam os poderes com competência orçamental ao cumprimento de obrigações definidas com clareza são obrigatórias. Por sua vez, há direitos que embora constem no rol dos direitos fundamentais, não tiveram os comandos normativos necessários à sua implementação desenvolvidos em sede constitucional ou infraconstitucional, não sendo possível extrair do ordenamento obrigações específicas à Administração, sendo de cumprimentos discricionários.

30. Para além da necessidade de avaliar, concretamente, o grau de densidade das normas constitucionais e legais que fundamentam as suas decisões e observar se os gastos públicos pleiteados são de carácter obrigatório ou discricionário, é preciso que o julgador, também e conjuntamente, verifique se os dispêndios a serem gerados encontram-se ou não previstos, de forma antecipada e suficiente, nos expedientes orçamentários. Na prática orçamental, não é incomum verificar hipóteses de ausência ou de insuficiência de previsão orçamentária tanto em relação aos gastos obrigatórios, quanto em relação às despesas discricionárias. Mas, trata-se de situações dogmáticas distintas que merecem atenção por parte do intérprete. A depender da natureza do dispêndio pleiteado no bojo da ação judicial, a omissão governamental é mais ou menos justificável.

31. Em relação às despesas obrigatórias, o controle judicial poderá ser mais efetivo, sem que se possa arguir, *a priori*, violações na seara da separação dos poderes. Isso porque foram os próprios poderes com competência orçamental que, de forma originária ou derivada, elegeram os fins, os meios, o público alvo e os prazos para as realizações de deveres promocionais selecionados por eles como prioritários. Neste caso, compete ao Judiciário impor o cumprimento do dever estatal, nos termos já fixados pelos demais poderes, mesmo que sem previsão no orçamento ou com dotação insuficiente, mas não à margem dos procedimentos legais orçamentários. É aconselhável, ainda, que, a depender da situação concreta, haja a modulação dos efeitos da decisão judicial, para que o seu cumprimento ocorra em prazo razoável, inclusive no exercício financeiro seguinte.

32. Em oposição, nos casos relativos aos créditos discricionários, a intervenção jurisdicional deve ser desenvolvida com cuidado redobrado, por meio de um controle jurisdicional de intensidade fraca, em observância às reservas do politicamente oportuno e do

financeiramente possível, as quais recaem sobre os deveres prestacionais do Estado. Em se tratando de dispêndios discricionários, a opção de incluí-los no orçamento é do Executivo e/ou do Legislativo, de acordo com os seus planejamentos e deliberações, o que atenua de maneira significativa as possibilidades de controle judicial.

33. Em caso de ausência de previsão orçamental, se a Administração, durante a fase de execução, demonstrar que a sua atuação tem se desenvolvido de forma racional, congruente à ordem constitucional, como também comprovar que tem implementado o direito fundamental demandado por meio de outras frentes de trabalho, ainda que não em deferência ao pedido do demandante, dificilmente uma atuação jurisdicional intervencionista, ou seja, de intensidade forte, será cabível em relação ao crédito discricionário. Na análise das alegações do Estado, o Judiciário pode, inclusive, consultar a própria lei orçamentária para observar os caminhos planejados pelo Governo em relação aos deveres promocionais em jogo, assim como fazer uso dos relatórios periódicos lançados na fase de implementação orçamentária. Tudo para se certificar sobre o efetivo desenvolvimento das atividades planejadas e concretizadas acerca do tema em debate, pela Administração.

34. Nas hipóteses de prestações discricionárias dispostas com dotações insatisfatórias no orçamento a justificativa estatal deve conter um reforço argumentativo mais forte para contrapor-se à deliberação parlamentar. Contudo, mesmo nesses casos a concretização do crédito discricionário não se faz imperativa, em termos absolutos. Em nosso entender, é de todo equivocado sustentar que a mera previsão de uma prestação estatal no orçamento, sem amparo normativo anterior de maior densidade, cria, de forma automática, um direito subjetivo ao indivíduo. O que se defende é um dever *prima facie* de cumprimento que recai sobre a Administração, o qual pode ser afastado, a depender da circunstância concreta exposta na justificativa estatal. Mais do que rotular abstratamente o orçamento como instrumento integralmente impositivo ou discricionário, o que é imprescindível no âmbito do controle judicial é avaliar o dever estatal em exame e a motivação do Estado, em caso de inexecução orçamental.

35. Não obstante, se a prestação demandada, mesmo que discricionária, estiver sendo ofertada de forma desigual e injustificada, deve o Judiciário intervir para restabelecer a isonomia. E, se o pedido formulado na ação buscar atender a um mínimo protegido constitucionalmente deve o juiz impor à Administração a obrigação de realizar a prestação, ainda que não a pretendida pela parte autora, a fim de cessar tal situação degradante. Os

benefícios a serem usufruídos pelo demandante, neste caso, não são apenas significativos como essenciais à sua dignidade, prevalecendo sobre quaisquer repercussões negativas que possam acarretar nas finanças e no orçamento público.

36. A fundamentação empregada para a delimitação do mínimo é de absoluta importância e deve ser feita considerando as condicionantes do caso concreto. O objetivo pretendido é conferir maior previsibilidade aos resultados decorrentes dos juízos ponderativos e, por via de consequência, maior segurança e estabilidade à ordem jurídica. Entre os parâmetros, destacam-se: a existência de ameaças relevantes, atuais ou iminentes, ao direito fundamental do cidadão; a urgência; a intensidade da lesão, como iminente perigo de vida em caso de indeferimento do pedido; o grau de certeza quanto à eficiência da medida pleiteada; a natureza e a hierarquia do bem jurídico em risco; a hipossuficiência do titular do direito fundamental; as condições para a sua autodefesa na situação do perigo, ou seja, a possibilidade de o indivíduo acessar os bens que almeja judicialmente por seus próprios meios; bem como os acréscimos marginais do sacrifício imposto e do benefício proporcionado.

37. Em paralelo, o controle de constitucionalidade da inércia estatal em relação aos deveres prestacionais não pode deixar de levar em consideração o transcurso do tempo. A determinação do que seja um ‘prazo razoável’ para a verificação do atendimento ou não dos deveres promocionais, pelo Governo, depende de diversos fatores, como a perenidade do bem a ser tutelado; a complexidade e a relevância da matéria em exame; a existência de estudos já desenvolvidos sobre ela; as circunstâncias fáticas que a circundam e a existência ou não de previsões dos gastos almejados nos expedientes orçamentários.

38. Diante dos instrumentos processuais disponíveis no ordenamento para a satisfação das decisões judiciais é muito provável que sejam as determinações de bloqueio e de sequestro de recursos as mais intervencionistas. E são também as mais controversas. A decisão que paralisa o uso do erário ou exige o desembolso imediato de valores pelo Estado, incorre no risco de que a alocação dos recursos seja feita diretamente pelo próprio magistrado, em prejuízo do planejamento gerencial e orçamentário do Governo, a ponto de inviabilizar o cumprimento de outros deveres prestacionais fundamentais, inclusive de caráter obrigatório.

39. A adoção de medidas constritivas dessa envergadura somente pode ser utilizada, em casos extremos, de absoluta urgência e vulnerabilidade, que envolvam, por exemplo, a sobrevivência do indivíduo. E, ainda assim, a sua aplicação exige do Judiciário, um esforço reforçado de argumentação e pressupõe a inércia desarrazoada do Poder Público em resolver a

questão, após o uso, sem sucesso, de mecanismos de coerção menos invasivos. Está-se a falar da fixação de sanções estabelecidas em desfavor do ente e/ou do gestor desidioso, tais como a aplicação de medidas de constrição patrimonial (astreintes) e a responsabilização por atos de improbidade administrativa, por crimes de desobediência ou por crimes de responsabilidade, cabíveis quando o gestor público deixar de cumprir, culposa ou dolosamente, a depender da situação, a decisão judicial aplicada em desfavor do ente estatal.

40. Por fim, as análises realizadas ao longo do trabalho nos levam a afirmar que o cumprimento dos deveres prestacionais, ainda que paulatino, não constitui um favor ou um presente concedido pelos governantes aos cidadãos. Trata-se, na realidade, de uma obrigação proveniente de árduas conquistas sociais. A luta pela efetividade do texto constitucional deve ser desempenhada diariamente, com cidadania ativa, mas também por meio das demais ferramentas disponibilizadas na ordem jurídica. Compete a todos, inclusive aos operadores do direito e à Justiça Constitucional, contribuir para que o sistema funcione e bem. Sem rupturas, mas com legitimidade e força o bastante para impedir a erosão, principalmente dos direitos considerados fundamentais. Um equilíbrio difícil de ser alcançado, mas essencial para a existência de um futuro auspicioso às próximas gerações. Para tanto, é essencial haver um compromisso nacional, subscrito por todos os cidadãos brasileiros, em torno do tema orçamental e do combate aos desvios de poder e à malversação do erário público. O atual cenário democrático brasileiro exige deferência à Carta Constitucional, cujo fortalecimento e até mesmo sobrevivência depende, em grande medida, da eficácia social das suas normas. Trata-se de um denso e custoso processo de edificação político, econômico, social e jurídico rumo à mudança da realidade nacional. Renovação que, para ser alcançada, deve ser construída e fiscalizada por todos. Afinal, na democracia brasileira, o protagonismo não cabe a um poder específico, mas sim à população, cuja voz ecoa na Constituição Federal. Que consigamos respeitá-la e cumpri-la com cada vez mais efetividade. Que cada um exerça com responsabilidade o seu papel.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ABBOUD, Georges, *Processo Constitucional Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- ABRAHAM, Marcus, *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*, 2ª edição, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2013.
- _____, “Efetividade e vinculação das leis orçamentárias e a ADI 4.663”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.
- ABRAHÃO, Marcela Rosa, *As restrições aos Direitos Fundamentais por ato normativo do Poder Executivo*, Ed. Almedina, São Paulo, 2017.
- ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- ABRANCHES, Sergio Henrique Hudson de, *Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro*, IUPERJ, Rio de Janeiro, 1988.
- ADRI, Renata Porto, *O Planejamento da Atividade Econômica como Dever do Estado*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2010.
- AFONSO, José Roberto Rodrigues, *Memória da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas*, Revista do BNDDES, v. 06, Brasília, jun./1999.
- ALVES, Maria Fernanda Colaço e SODRÉ, Antonio Carlos de Azevedo, *Transferências Intergovernamentais Voluntárias – relação entre emendas parlamentares e corrupção municipal no Brasil*. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-realizados/pasta-concurso-de-monografias-da-cgu/concurso-de-monografias-da-cgu-2007/profissionais/1-lugar>>. Acesso em: 31.01.2017.
- AFONSO, Óscar *Motivações para a fraude e evasão fiscais*, Observatório de economia e

Gestão de Fraude, set./2015. Disponível em:
<http://www.gestaodefraude.eu/wordpress/?p=22035>. Acesso em: 26.11.2016.

ALBUQUERQUE, Claudiano, MEDEIROS, Marcio e FEIJÓ, Paulo H., *Gestão de finanças públicas*, 2ª edição, Edição do Autor, Brasília, 2007.

ALEXANDRINO, José de Melo, *Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas: regra ou exceção?*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII, (especial), Porto, 2010.

_____, *Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções*, Revista Direitos Fundamentais & Justiça, nº 11, abr./jun. 2010.

_____, “Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades” In Gonçalo Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014.

_____, *Economia Social de Mercado e Confiança – O caso das pensões e reformas em Portugal*, Revista Direito e Política, nº 06, fev./abr. 2014.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de, “O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no Estado Contemporâneo”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de, “A ponderação judicial na solução de conflitos normativos entre direitos fundamentais sociais densificados em leis e regras orçamentárias” In David Duarte, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo de Tarso Brandão, *Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.

ALVIRA MARTÍN, Francisco; GARCIA LÓPEZ, José e DELGADO, Luisa, *Sociedad, Impuestos y Gasto Público – la perspectiva del contribuyente*, CIS, Madrid, 2000.

AMADOR, Olívio Mota, “O Dilema Teleológico do Orçamento nun contexto de incerteza”, In José Duarte, Antonio Menezes Cordeiro, Jorge Miranda e Eduardo Paz Ferreira, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. II – Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Editora Almedina, Coimbra, 2010.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Direito Administrativo*, vol. IV, Lisboa, 1988.

- AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- _____, MELO, Danielle, “Há direitos acima dos orçamentos?”, *In* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.
- AMARAL, Maria Lúcia, “Revisitar Carl Schmitt: a defesa da Constituição”, *In* Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *Carl Schmitt Revisitado*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.
- AMES, Barry, *Os entraves da democracia brasileira*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.
- _____, PEREIRA, Carlos e RENNÓ, Lucio R., “Famintos por pork: uma análise da demanda e oferta por políticas localistas e suas implicações para a representação política”, *In* Timothy Power e Cesar Zucco (Orgs.), *O Congresso por Ele Mesmo. Autopercepções da Classe Política brasileira*, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2011.
- ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de, “Orçamento Deficitário”, *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2009.
- ANTUNES, Tiago, *Reflexões constitucionais em tempo de crise econômica-financeira*, Revista *O Direito*, Ano nº 143, V, Lisboa, 2011.
- APEL, Karl-Otto, *Ética e Responsabilidade. O problema da passagem para a moral pós-convencional*, Instituto Piaget, Lisboa, 1988.
- ARANGO, Rodolfo, “Direitos fundamentais Sociais, justiça constitucional e democracia”. *In* MELLO, Claudio Ari (Coord.), *Os Desafios dos Direitos Sociais*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.
- _____, *El concepto de derecho sociales fundamentales*, Ed. Legis, Bogotá, 2005.
- ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 3ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2005.
- _____, *Adam Smith. O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Ed. Almedina, Lisboa, 2011.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle do ato administrativo*, 2ª edição, Ed.

Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck, “O Supremo que não erra”, In Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (Orgs.), *A razão sem voto: Diálogos com Luís Roberto Barroso*, 1ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2017.

ARISTÓTELES, *Política*, Editorial Gredos, Madrid, 2008.

ASSIS, Machado de, *Esau e Jacó*. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download,texto,bn000030.pdf>>. Acesso em: 04.04.2016

ASSONI FILHO, Sérgio, *Democracia e controle social no orçamento público*, Revista *Juris Síntese*, nº 55, Porto Alegre, set./out. 2005.

_____, *Transparência Fiscal e Democracia*, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, 2009.

_____, “Controle de Constitucionalidade da Lei Orçamentária”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira, Reflexões sobre o Controle Judicial do Gasto Público no Brasil. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira/reflexoes-sobre-o-controle-judicial-do-gasto-publico>. Acesso em 31.05.2018.

ÁVILA, Humberto, *Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abr./jun. 2004.

_____, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 18ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2018.

AVRITZER, Leonardo, “Modelos de Deliberação Democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil”, In Boaventura de Sousa Santos (Org.), *Democratizar a democracia*, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002.

AZEVEDO, Aluísio, *O Cortiço*. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/ua00021a.pdf>>. Acesso em: 05.05.2017.

AZEVEDO, Carlos Alexandre de, *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamund-estado-de-coisas-inconstitucional->

04052015>. Acesso em: 04.07.2018.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes, SILVA, Diogo Bacha e OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, “Impeachment no constitucionalismo brasileiro: revisitando as instituições democráticas em busca da legitimidade constitucional”, *In* Georges Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr., “*Crise dos Poderes da República*”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

BALEEIRO, Aliomar, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 16ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006.

BALKIN, Jack, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, Revista de Direito Público, nº 57/58, São Paulo, 1981.

_____, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2007.

BARBOSA, RUY, *O Estado de Sítio*, Ed. Capital Federal, Rio de Janeiro, 1892.

_____, *Relatório do Ministro da Fazenda*, vol. XVIII, 1891, Tomo III, MEC, Rio de Janeiro, 1949.

BARCELOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

_____, “O direito à educação e o STF”. *In* SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

_____, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2011.

_____, “Constitucionalização das políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *In* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

- BARROS, Maurício, “Orçamento e Discrecionalidade”, *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996.
- _____, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000.
- _____, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, Revista Interesse Público, v.9, nº 46, nov./2007, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em: 30.05.2018.
- _____, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 14.01.2015.
- _____, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *In* Jacinto N. Miranda Coutinho, *Constituição e Ativismo Judicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- _____, *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*, Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 5, número especial, Brasília, 2015.
- _____, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015.
- _____, *O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.lisrobertobarroso.com.br/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 22.05.2018.
- _____ e ANA PAULA DE BARCELLOS, “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, *In* Luis Roberto Barroso (Org.), *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. II, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.
- _____, *Comentários Constituição do Brasil*, Vol. VI, Tomo II, 2ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo,

1991.

_____, *O planejamento na Constituição*, Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, nº 31, São Paulo, jun./1989.

BENETON, Marco Antonio Hatem, “O Plano Plurianual, os contratos administrativos e a Teoria do Diálogo das Fontes: os exemplos de elos entre o Direito Financeiro e o Direito Administrativo”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

BECKER, Gary S., *A theory of Competition among pressure groups for political influence*, Quartely Journal of Economics, vol. 98, nº3, Oxford University Press, Oxford, aug./1983.

BERCOVICH, Gilberto, “O planejamento e a Constituição de 1988” In Fernando Facury Scaff (Org.), *Constitucionalizando direitos 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

BEREJO, Álvaro Rodríguez, *Introducción al derecho financeiro- Un ensayo sobre los fundamentos teóricos de derecho financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976.

BERTOMEU Juan F. González, *Como aprendi a odiar y amar la discusión sobre controle judicial in Juices e democracia: la justicia constitucional bajo examen*. Disponível em: <[http:// administradorup.files.wordpress.com/2010/02/bertomeu-como-aprendi-a-odiar-y-a-amar-la-discusion-sobre-control-judicial.pdf](http://administradorup.files.wordpress.com/2010/02/bertomeu-como-aprendi-a-odiar-y-a-amar-la-discusion-sobre-control-judicial.pdf)>. Acesso em: 15.03.2012.

BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 2ª edição, Yale University Press, New Haven and London, 1986.

BINENBOJM, Gustavo, *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2010.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho, *Relações Executivo-Legislativo no Presidencialismo de Coalizão: Um quadro referência para estudos de orçamento e controle*, Textos para Discussão nº 112, Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, Brasília, abr./2012.

_____, GRAÇA, Luis Otavio Barroso da, “Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Livraria do

Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.

BLIACHERIENE, Ana Carla, RENATO JORGE BROWN RIBEIRO, Renato Jorge Brown, “Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento”, *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

BOBBIO, Norberto, *Estudos sobre Hegel. Direito, Sociedade Civil e Estado*, 1ª reimpressão, Ed. Unesp/Ed. Brasiliense, São Paulo, 1995.

_____, *Os Intelectuais e o Poder. Dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*, Ed. Unesp, São Paulo, 1996.

_____, *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*, 6ª edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1997.

_____, *Locke e o Direito Natural*, Ed. UnB, Brasília, 1997.

_____, *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª edição, Edipro, São Paulo, 2003.

_____, *A Era dos Direitos*, Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 13ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

_____, *História Constitucional do Brasil*, 9ª edição, OAB Editora, Brasília, 2008.

BRANCO, Ricardo, *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

_____, “Ou sofrem todos, ou há moralidade: Breves Notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/2012, de 5 de julho” *In* Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, José de Sousa e Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Lima Rego e Pedro Múrias, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. I, Ed. Almedina, Coimbra, 2012.

BRITO, Carlos Ayres, “O regime Constitucional dos Tribunais de Contas”, *In* José Alfredo Sousa, Antonio de Sousa Franco e Carlos Ayres Brito (Orgs.), *O Novo Tribunal de Contas*, 3ª edição, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2005.

BRITO, José de Sousa e, “Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático”. *In* *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do*

Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

BRITO, Miguel Nogueira de, “Medida e Intensidade do Controlo de Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, *In* Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014.

BRITO, Thomás Luiz Raimundo, *Mandado de injunção. A decisão, os seus efeitos e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no combate à omissão legislativa*, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito Administrativo e Políticas*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002.

_____, “Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas”, *In* Cristiana Fortini, Júlio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias, *Políticas Públicas, Possibilidades e Limites*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008.

BUCHANAN, James, *Custo e Escolha: uma indagação em teoria econômica*, Ed. Inconfidentes/Instituto Liberal, São Paulo, 1993.

_____, *The limits of liberty. Between anarchy and Leviathan*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1975.

_____, *Public Choice: Politics without romance*. Disponível em: <<http://www.montana.edu/hfretwell/documents/332/buchananpublicchoice.pdf>>. Acesso em: 07.04.2018.

_____, e WAGNER, Richard, *Public Debt in a Democratic Society*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington DC, 1967.

BUJANDA, Fernando Sáinz de, *Hacienda y derecho*, T. I, 1ª edição, 2ª reimpressão, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

BURGO, Vitor “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, *In* Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011.

BURKHEAD, Jesse, *Orçamento Público*, Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1971.

CABRAL, Nazaré da Costa, *Programação e Decisão Orçamental. Da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade econômica*, Ed. Almedina, Coimbra, 2008.

- ____, “Orçamento Público e Programação: tendências internacionais e implicações sobre o caso português”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- ____ e MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira, *Finanças Públicas e Direito Financeiro, Noções Fundamentais*, 2ª Reimpressão, AAFDL Editora, Lisboa, 2016.
- CALDEIRA Marcos, *Actos Políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa – AAFDL, Lisboa, 2014.
- CAMARGO, Guilherme Bueno de, “Governança Republicana e orçamento: as finanças a serviço da sociedade”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, *Dimensões do ativismo judicial do STF*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- ____, “Dimensões da autorestrição judicial”, In George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr. (Coords.), *Crise dos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- CAMPOS, Francisco, *Orçamento- Natureza Jurídica*, Revista de Direito Administrativo, nº 71, Rio de Janeiro, jan./mar. 1963.
- CAMPOS, Patrícia Perrone, *Nos bastidores do STF*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2015.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.
- ____, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Editora Almedina, Coimbra, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, António Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª edição, Sergio António Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
- CANELA JÚNIOR, Osvaldo, “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”, In Ada Pelegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O controle jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *A Lei do Orçamento na Teoria da Lei*, *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*,

- Número Especial*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1979.
- _____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2000.
- _____, “Dignidade e Constitucionalização da pessoa humana”, *In Estudos de Homenagem ao Prof. Dr. Jorge Miranda, vol. II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.
- ____ e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2º volume, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- ____ e _____, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1º volume, 1ª edição brasileira/4ª edição portuguesa, Coimbra Editora e Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Ed. Giuffrè, Milano, 1968.
- _____, *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 20, out./2001.
- CARBONELL, Miguel, *Teoria del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Ed. Trotta-UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007.
- CARDOSO, Luciana Zafallon Lima, *Uma espiral de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbrincamento das despesas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional*, tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.
- CARVALHO, André Castro, “Uma teoria de direito constitucional financeiro e direito orçamentário substantivo no Brasil”, *In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- _____, *Vinculação das receitas públicas*, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2010.
- CARVALHO, Gustavo Ferreira de, OLIVEIRA, Fábio de Souza, e SANTOS, Júlio Edstron S., *O Estado de coisas inconstitucional: é possível sua efetivação no Brasil?*. Disponível em: <<http://revista.fasf.edu.br/index.php/conecta/article/download/67/pdf>>. Acesso em: 04.07.2018.

- CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito Tributário: fundamentos jurídicos de incidência*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de, “Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública”, *In* Cristiana Fortini, Julio Cezar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias, *Políticas Públicas: Possibilidades e Limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Ação Civil Pública. Comentários por artigo*, 6ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- _____, “Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas”, *In* Cristiana Fortini, Julio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias (Orgs.), *Políticas Públicas. Possibilidades e Limites*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008.
- CASAGRANDE, Cássio, *Ministério Público e a Judicialização da Política. Estudos de Casos*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.
- CASALTA NABAIS, José, *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Ed. Almedina, Coimbra, 2005.
- _____, *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- _____, “Da sustentabilidade do Estado Fiscal”, *In* José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva (Coords.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011.
- CASTRO JÚNIOR, Agripino Osvaldo, *A democratização do Poder Judiciário*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1998.
- CATAPANI, Marcio Ferro, “A discricionariedade do Poder Executivo na elaboração do projeto de lei orçamentária anual”, *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- CAÚLA, Cesar, *Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição. O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil*, Editora JusPodium, Salvador, 2010.
- CAVALCANTE, Denise Lucena, “Portal de Finanças e Princípio da Publicidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *In* Marcus Livio Gomes, Marcus Abraham

- e Heleno Taveira Torres, *Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.
- CAVALCANTI, Hellen Priscilla Marinho, *O acesso à energia elétrica no Brasil sob a ótica do desenvolvimento como liberdade*, Revista de Direito Econômico e Socioambiental, v. 04, nº 02, 2013.
- CAVALCANTI, Paula Arcoverde, *Análise de Políticas Públicas. O estudo do Estado em ação*, Eduneb, Salvador, 2013.
- CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, 5ª edição, Ed. Giuffrè, Milano, 2008.
- CHIAVENATO, Idalberto, *Introdução à Teoria Geral da Administração*, 7ª edição, Ed Elsevier, Rio de Janeiro, 2003.
- CHUMBINHO, João, *A Constituição e a Independência dos Tribunais*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2009.
- CLÉVE, Clémerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- _____, “O Controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais”. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- _____, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- COELHO, Cristiane, “O caráter democrático do orçamento de investimento”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa, *Controle jurisdicional da Administração Pública*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002.
- COHEN, Michal, MARCH, James e OLSEN, Johan, *A garbage can model of organizational choice*, Administrative Science Quarterly, Cornell University, vol. 17, nº 01, mar./1972.
- COMIM, Fernando da Silva, *Reserva do Possível e Ponderação: por uma metodologia adequada no controle dos deveres sociais fundamentais*, dissertação de mestrado apresentada perante a Universidade de Lisboa/Faculdade de Direito, Lisboa, mai./2012.

COMPARATO, Fabio Konder, *Ensaio sobre o juízo de constitucionalização de políticas públicas*, Revista dos Tribunais, vol. 737, ano 86, RT, São Paulo, mar./1997.

CONNOR, James O', *A crise do Estado Capitalista*, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1977.

CONTI, José Maurício, *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001.

_____, “Iniciativa legislativa em matéria financeira”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

_____, “O Supremo Tribunal Federal e o Controle de Constitucionalidade em matéria orçamentária”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.

_____, *LDO é instrumento eficiente para a administração pública*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/contas-vista-ldo-instrumento-util-gestao-administracao-publica>>. Acesso em: 12.04.2018.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb, “Quem deve 'Velar na Guarda da Constituição'?”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-23/observatorio-constitucional-quem-velar-guarda-constituicao>>. Acesso em: 11.04.2018.

CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, Ed. Almedina, Coimbra, 2016.

CORREIA, José de Matos e PINTO, Ricardo Leite, “A responsabilidade política”, In Antonio José Moreira, *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor Antonio Motta Veiga*, Ed. Almedina, Coimbra, 2007.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos administrativos*, Ed. Almedina, Coimbra, 1987.

CORREIA, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indenizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

CORREIA NETO, Celso de Barros, *Orçamento Público: uma visão analítica*, monografia apresentada perante o II Prêmio da Secretaria de Orçamento Federal, Brasília, 2008, p. 30. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios-1/premios/vii-premio-sof-de-monografias/2o-premio-sof-2008/tema-2-3olugar>>. Acesso em: 11.02.2017.

- _____, “O Orçamento Público e o Supremo Tribunal Federal”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- CORTI, Horácio Guillermo, *Derecho constitucional presupuestario*, Ed. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007.
- _____, “Derechos fundamentales y presupuesto público: uma renovada relación em el marco del neoconstitucionalismo periférico”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- COUTINHO, Luís Pereira, “Os pressupostos do Conceito de Estado em Carl Schmitt – Do Direito ao Político”, In Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *Carl Schmitt Revisitado*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.
- CREPALDI, Silvio Aparecido e CREPALDI, Guilherme Simões, *Direito Financeiro, Teoria e Prática*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José, *Comentários à Constituição de 1988*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992.
- CRUZ, Antonio Augusto Bello Ribeiro da, *Teoria da Escolha Pública – Uma visão geral de seus elementos sobre a ótica de Gordon Tullock em sua obra “Government Faillure”*. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/revista/producaocientifica/antonioaugustocruzteoriadaescolhapublica.pdf>>. Acesso em: 01.03.2018.
- CUNHA, Manuela Carneiro da, *Negros, Estrangeiros. Os escravos libertos e sua volta à África*, 2ª edição, Companhia das Letras, São Paulo, 2009.
- CUNHA JR., Dirley da, *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2008.
- _____, *Distinções entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção*. Disponível em: <<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 05.07.2018.

- DAHL, Robert A., *Sobre a democracia*, Ed. UnB, Brasília, 2009.
- DALLARI, Adilson Abreu, “*Orçamento Impositivo*”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *O renascer do direito*, 2ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996.
- DALLAVERDE, Alexsandra Katia, “A atuação parlamentar no exercício do controle financeiro e orçamentário”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- DANIEL, Juliana Maia, “Discrecionalidade administrativa em matéria de políticas públicas”, In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O Controle judicial de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- DANTAS, Ivo, *Constituição e Processo*, 2ª edição, Ed. Juruá, 2007.
- DELGADO, José Augusto, “Precatórios: possibilidade de sequestro de verba pública (SS 2.287, RE 583.932) e a ADI 4.357 e a recente modulação de efeitos”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres, *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.
- DEODATO, Alberto, *Manual de Ciências das Finanças*, 20ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1984.
- DEPRA, Vinícius Oliveira Braz e WALER, Wilian, *Estado de coisas inconstitucional: Uma discussão em Pauta de Julgamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14239>>. Acesso em: 05.07.2018.
- DERANI, Cristiane, *Privatização e serviços públicos*, Max Limonad, São Paulo, 2002.
- DEUBEL, André-Noël Roth, *Enfoques para el analisis de políticas publicas*, Ed. Universidade National de Colombia, Bogotá, 2010.
- _____, *Políticas Públicas- formulación, implementación y evaluación*, Ed. Aurora, Bogotá, 2012.
- DINIZ, Maria Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 12ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 1999.

- DIAS, Marco Antonio, *James Buchanan e a 'política' na escolha pública*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/14047/10349>>. Acesso em: 05.04.2018.
- DINIZ, Erica e AFONSO, José Roberto, *Benefícios Fiscais Concedidos (e mensurados) pelo Governo Federal*, FGV/IBRE, Rio de Janeiro, 2014.
- DUARTE, David, *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de decisão na discricionariedade instrutória*, Ed. Almedina, Coimbra, 2006.
- DUARTE, Tiago, *A Lei por detrás do orçamento. A questão constitucional da lei do orçamento*, Coleção Teses, Ed. Almedina, Coimbra, 2007.
- DURKHEIM, Émile, *As regras do método sociológico*, Edipro, São Paulo, 2012.
- _____, *Lições de Sociologia. Física dos Costumes e do Direito*, Edipro, São Paulo, 2015.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- _____, *Uma questão de princípio*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2001.
- _____, *Levando os direitos a sério*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- _____, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- _____, “O direito como interpretação”, In Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira (Orgs.), *Correntes Contemporâneas do pensamento jurídico*, Ed. Manole, Barueri, 2010.
- _____, *Justice for hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge and London, 2011.
- ELLWOOD, John N. & PATASHNICK, Erick M., *Praise of Pork*, The Public Interest, 110, Winter, 1993.
- ELSTER, Jon, *Solomonic Judgements. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge, University Press, 1989.
- ELY, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

- EMERSON, Ralph Waldo, *Ensaaios*, Ed. Martin Claret, São Paulo, 2003.
- ENGANÃ, José Luís, *El Estado Constitucional de Derecho como paradigma jurídico*, Revista de Derecho, vol. XVI, Chile, jul./2004.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edição, Ed. Civitas, Madrid, 1983.
- ___ e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo, vol. 01, 12ª edição, Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- ESTEVES, João Luiz M., *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*, Editora Método, São Paulo, 2007.
- ESTORNINHO, Maria José, *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*, Ed. Almedina, Coimbra, 1999.
- EVANS, Diana, *Pork Barrel Politics*, The Oxford Handbook of the American Congress, may./2011. Disponível em: <http://calgara.github.io/Pol1_Fall2017/Evans_pork2011.pdf> . Acesso em: 10.04.2018.
- FAIM FILHO, Eurípedes Gomes, “A judicialização da saúde e seus reflexos orçamentários”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson, “A promoção da transparência pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.
- FAORO, Raymundo, *Os donos do poder*, vol. 1, Ed. Globo, São Paulo, 2000.
- ___, *Os donos do poder*, vol. 2, Ed. Globo, São Paulo, 2000.
- FARIA, José Eduardo, *Direito e Globalização Econômica. Implicações e Perspectivas*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.
- FARIA, Rodrigo Oliveira de, *Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária*, Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- ___, “PPA versus orçamento: uma leitura do escopo, extensão e integração dos instrumentos

- constitucionais brasileiros de planejamento”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- FEDOZZI, Luciano, *Orçamento participativo: reflexões sobre e experiência de Porto Alegre*, 2ª edição, Tomo Editorial, Porto Alegre, 1999.
- FERNANDES, Florestan, *A integração do negro na sociedade de classes: o legado da “raça branca”*, vol. I, Editora Globo, São Paulo, 2008.
- FERNANDEZ, Thomaz R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*, Trad. André Karam Trindade, Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, p. 95/113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3.luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 18/02/2017.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 3ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2001.
- FERREIRA, Eduardo Paz, *A regra da unidade de Tesouraria e a Boa Gestão Financeira do Setor Público*, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Do processo legislativo*, 5ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002.
- _____, *Curso de Direito Constitucional*, 34ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2008.
- _____, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 3ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2011.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, 7ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2004.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para a sua eficácia e efetividade*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- FONSECA, João Francisco N. da, *O processo do Mandado de Injunção*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016.
- FORESTER, John, “La racionalidad limitada y la politica de salir del passo”, In L.F.Aguilar

- Villanueva (Coord.), *La hechura de las políticas*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1996.
- FORTINI, Cristiana, “Controle judicial dos contratos administrativos: controle da legitimidade do gasto público pelo Poder Judiciário”, *In* Cristiana Fortini, Júlio Cesar dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca Dias, *Políticas Públicas. Possibilidades e limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008.
- FOUCAULT, Michel, *Microfísica do Poder*, 28ª reimpressão, Ed. Graal, Rio de Janeiro, 2010.
- FRANZESE, Cibele e ABRUCIO, Fernando Luiz, “Efeitos recíprocos entre Federalismo e Políticas Públicas no Brasil: os casos dos sistemas de saúde, de assistência social e de educação”, *In* Gilberto Hochman e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (Coords.), *Federalismo e Políticas Públicas no Brasil*, Ed. Fiocruz, Rio de Janeiro, 2013.
- FRANCO, António L. de Sousa, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2008.
- FRANCO, António L. de Sousa e MARTINS, Guilherme D’ Oliveira, *A Constituição econômica portuguesa – Ensaio interpretativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- FREITAS, Andrea, *O Presidencialismo da coalização*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Rio de Janeiro, 2016.
- FREITAS, Juarez, *O controle social do orçamento público*, Revista Interesse Público, nº 11, Belo Horizonte, 2001.
- _____, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2004.
- FREUD, Sigmund, *O mal-estar na civilização*, 1ª Reimpressão, Penguin & Companhia das Letras, São Paulo, 2012.
- FRIEDMAN, Milton e FRIEDMAN, Rose, *Livre para Escolher*, Editora Record, São Paulo, 2015.
- FROMM, Erich, *Escape from Freedom*, Holt, Rinehart & Winston, New York, 1941.
- FULLER, Christopher, *Congressional Pre-Commitment to Curb Discretionary Spending: A proposal to apply executive cos-benefit principles to legislative appropriations in order to discipline discretionary spending*, Seton Hall Legislative Journal, v. 33, number 2, 2009.
- FURTADO, José de Ribamar Caldas, *Elementos de Direito Financeiro*, Ed. Fórum, Belo

Horizonte, 2009.

_____, *O controle de legitimidade do gasto público*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 12.11.2017.

FUX, Luiz, “Orçamento Público na jurisprudência do STF: A possibilidade de Controle Judicial, a Autonomia Constitucional Orçamentária e a problemática do orçamento participativo”, In Marcus Livio Gomes, Marcus Abraham E Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.

GALDINO, Flavio, Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

GARCIA, Emerson, *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*, Revista do EMERJ, v. 07, nº 26, Rio de Janeiro, 2004.

GARGARELLA, Roberto, “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais”. In Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coords.), *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

_____, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

GASSET, José Ortega y, *O homem e os outros*, Vide Editorial, São Paulo, 2017.

GILMORE, Grant, *As Eras do Direito Americano*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1978.

GIACOMONI, James, *Orçamento Público*, 17ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2017.

GOMES, Emerson Cesar da Silva, *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*, Ed. Almedina, São Paulo, 2015.

_____, “A disciplina jurídica das transferências voluntárias”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

GOMES, Laurentino, 1889. *Como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da Monarquia e a Proclamação da*

República do Brasil, Ed. Globolivros, São Paulo, 2013.

GOMES, Luís Flávio e VIGO, Rodolfo Luís, *Do Estudo do Direito Constitucional e Transnacional: Riscos e Precauções. (Navegando pelas ondas evolutivas do Estado do Direito e da Justiça)*, Ed. Premier Máxima, São Paulo, 2008.

GOMES, Marcus Lívio, PORTO, Victor Benigno, ARABI, Abhner Yossif Mota, “A influência da decisão das ADI’s 3.457 e 4.425 na correção monetária dos débitos da Fazenda Pública: A aplicação do art.1º-F da Lei 9.494/99 e o tema 810 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal”, In Marcus Livio Gomes, Marcus Abraham E Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.

GOUVÊA, Marcos Maselli, *O controle judicial das omissões administrativas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003.

GRAU, Eros Roberto, *Planejamento Econômico e a Regra Jurídica*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.

_____, *O direito posto e o direito pressuposto*, 6ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

_____, “*Realismo e Utopia Constitucional*”, In Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (Coords.), *Direito Constitucional Contemporâneo, Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

_____, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 11ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2006.

GRAVA, Guilherme Saraiva, *Direito, Desenvolvimento e Transformações Institucionais: Como o Congresso Nacional regulou a Comissão Mista do Orçamento entre 1988 e 2015?*, Dissertação de Mestrado apresentada perante a Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

GRAVITO, César Rodriguez e FRANCO, Diana Rodrigues, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Disponível em: <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf>. Acesso em: 04.07.2018.

GRAZIANI, Augusto, *Instituzioni di scienze delle finanze*, 3ª edição, Ed. Utet, Torino, 1929.

GREGGIANIN, Eugenio, *As deficiências do modelo autorizativo e as perspectivas do orçamento impositivo*, Dissertação de Mestrado Profissional do Programa de Pós-

- Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara de Deputados-CEFOR, Brasília, 2015.
- GREMAUD, Amaury Patrick, SANDOVAL DE VASCONCELOS, Marco Antonio e TONETO JÚNIOR, Rudinei, *Economia Brasileira Contemporânea*, 7ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2007.
- HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional. A sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*, 1ª Reimpressão, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, 1º volume, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997,
- _____, *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*, 2º volume, 2ª edição, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.
- HARADA, Kiyoshi, *Direito Financeiro e Tributário*, 16ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2007.
- _____, “Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas. Controle Interno, controle externo e controle social do orçamento”, *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- HARGUINDÉGUY, Jean-Batiste, *Análisis de Políticas Públicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013.
- HERRERA, Carlos Miguel, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*. Disponível em: <<http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article>>. Acesso em: 04.05.2017.
- HESPANHA, Antonio Manuel, *A revolução neoliberal e a subversão do modelo jurídico-Crise, Direito e Argumentação Jurídica*, Revista do Ministério Público, n. 130, abr./jun. 2012.
- HESSE, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 20ª edição, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.
- HOBBS, Thomas, *Leviatã*, vol. 01, Ed. Nova Cultural, São Paulo, 1998.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 26ª edição, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1995.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos, Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Vientiuno editores, Argentina, 2001.

- HORVATH, Estevão, “Poder Executivo e Orçamento Público”, *In* George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr., *Crise nos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- IUDÍCIBUS, Sérgio de, *Teoria da Contabilidade*, 8ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2006.
- JACOB, Cesar Augusto Alckmin, “A Reserva do Possível”: Obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. *In* Ada Pelegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- JUCÁ, Francisco Pedro, *Finanças Públicas e Democracia*, Ed. Atlas, São Paulo, 2013.
- ____ e ISHIKAWA, Lauro, “Orçamento Participativo e Democracia Representativa”, *In* Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.
- JUND, Sérgio, *Administração, Orçamento e Contabilidade Pública*, Ed. Elsevier, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2008.
- JURKSAITIS, Guilherme Jardim, “As Leis de Diretrizes Orçamentárias e o Controle sobre as Contratações Públicas”, *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.
- KADRI, Omar Francisco do Seixo, *O Executivo Legislador: o caso brasileiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- KANT, Immanuel, *A paz perpétua – um projeto filosófico*, *In* Immanuel Kant, *A paz perpétua e outros opúsculos*, Edições 70, Lisboa, 1995.
- ____, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, Lisboa, 2007.
- KASDIN, Stuart, *Reinventing Reforms: how to improve program management using performance measures. Really*, Public Budgeting & Finance, fall 2010.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira, *O movimento das diretas já e a Construção do STF*. Disponível em: <[https:// www.conjur.cm.br/2014-fev-22/observatorio-constitucional-movimento-diretas-construção-stf](https://www.conjur.cm.br/2014-fev-22/observatorio-constitucional-movimento-diretas-construção-stf)>. Acesso em: 12.01.2018.

- KELSEN, Hans, *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- _____, *A ilusão da Justiça*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1995.
- _____, *Jurisdição Constitucional*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- _____, *Teoria Pura do Direito*, 7ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2008.
- KEYNES, John Maynard, *Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda*, Ed. Relógio d'Água, Lisboa, 2010.
- KHAN, Aman e HILDRETH, W. Bartley, *Budget theory in the public sector*, Quorum Books, Westport, 2002.
- KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review, vol. 92, Issue 5, Oct./2004.
- KRAMER, Larry D., *The Supreme Court 2000 Term – Foreword: we the Court*, 115 Harvard Law Review, nº 4, 2001.
- _____, *The people themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.
- KRELL, Andreas Joachim, “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais”, In Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000.
- _____, *Direitos Sociais e o Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*, Sergio António Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- LABAND, Paul, *Derecho Presupuestario*, Tradução de José Zamit, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- LA BOÉTIE, Étienne de, *Discurso sobre a servidão voluntária*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/boetie.html>>. Acesso em: 13.02.2018.
- LAVOURAS, Maria Matilde Costa, *Natureza Jurídica do Orçamento – Breves Reflexões*, Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra, vol. XLV, Coimbra, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta, *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

- ____, “As responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teórico-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira” In LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning Leal (Orgs.), *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- LEIRIA, Antonio Celso Nogueira, *Lei de Responsabilidade Fiscal. Comentários e Terminologia*, Ed. Plenum, Caxias do Sul, 2005.
- LEITAO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Anotação no Acórdão do Tribunal Constitucional nº187/2013 (Lei do Orçamento do Estado para 2013)*, Revista da Ordem dos Advogados – ROA, ano 72, out./dez. 2012.
- LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, 14ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de, *Globalização Econômica, Política e Direito. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- LIMA, Edilberto Carlos Pontes, *Algumas observações sobre Orçamento Impositivo*. Revista IPEA, Planejamento e Políticas Públicas – PPP, nº 26, jun./dez. 2003.
- LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto, *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- LIMA NETO, Manoel Cavalcante de, LESSA PIERRE, Victor Hugo e SILVA DA COSTA, Carlos Eugênio, *Judicialização do orçamento brasileiro: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos*, Revista Jurídica, vol. 02, Curitiba, 2017.
- LIMA DE OLIVEIRA, Frederico Antônio e GEORGE SALOMÃO LEITE, George Salomão, “Delegificação Estatal e os Decretos Autônomos: limites da autonomia legislativa do Poder Executivo no Brasil”, In George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr., *Crise dos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- LIMONGI, Fernando, *A democracia no Brasil. Presidencialismo, coalização partidária e processo decisório*, Novos Estudos – CEBRAP, nº 76, São Paulo, nov./2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002. Acesso em: 28.04.2018.
- ____, FIGUEIREDO, Argelina, *Bases institucionais do presidencialismo de coalização*,

- Revista de Cultura e Política Lua Nova, nº 44, São Paulo, 1998.
- _____, _____, *Processo Orçamentário e Comportamento Legislativo: Emendas Individuais, Apoio ao Executivo e Programas de Governo*, DADOS – Revista de Ciências Sociais, v. 48, nº04, Rio de Janeiro, 2005.
- _____, _____, “Instituições políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”, In Carlos Ranulfo (Org.), *A democracia brasileira: Balanço e Perspectivas para o século 21*, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2007.
- LINDBLOM, Charles E., *O processo de decisão política*, Ed. UnB, Brasília, 1981.
- LOCHAGIN, Gabriel Loretto, “A unificação dos orçamentos públicos pela Constituição de 1988”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, Ed. Martin Claret, São Paulo, 2002.
- LOMBA, Pedro, *Teoria da Responsabilidade Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, *Os conselhos de participação popular – validade jurídica das suas decisões*, Revista de Direito Sanitário, nº 01, São Paulo, nov./2000.
- _____, “Em torno da reserva do possível” In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- _____, *Direitos Sociais – Teoria e Prática*, Editora Método, São Paulo, 2009.
- LOPES, José Silva, “Crise Econômica e políticas públicas” In Eduardo Paz Ferreira, João Amaral Tomaz, José Gomes Santos e Nazaré da Costa Cabral (Orgs.), *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas*, Instituto de Direito Econômico, Financeiro e Fiscal, Ed. Almedina, Coimbra, 1º Painel, 2010.
- LOUREIRO, Maria Rita e ABRUCIO, Fernando Luiz, *Política e Burocracia no presidencialismo brasileiro: o papel do Ministério da Fazenda no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso*, Revista Brasileira Ciências Sociais, v. 14, nº 41, São Paulo, 1999.
- LOURENÇO, Rodrigo Lopes, *Controle de Constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998.

- LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito I*, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983.
- _____, *Sociologia do Direito II*, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1985.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara, *Mandado de Injunção*, Ed. Atlas, São Paulo, 2000.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos, “A mudança do paradigma orçamentário: do controle do Estado para a implementação de políticas públicas. A função da receita pública no Estado Democrático e Social do Direito”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- MACHADO JR., J. Teixeira e REIS, Heraldo da Costa, *A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, 31ª edição, IBAM, Rio de Janeiro, 2002/2003.
- MAJONE, Giandomenico, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración pública, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- MAIORRI, Alexandre, *Teoria do Estado*, Ed. Síntese, Porto Alegre, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: conceitos legitimação para agir*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.
- MAQUIAVEL, Nicolau, *O Príncipe*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/zip/oprincipe>>. Acesso em: 10/07/2015.
- MARANHÃO, Clayton, *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- MARSHALL, Willian P., *Conservatism and the seven signs of judicial activism*, Law Review, nº 73, University of Colorado, Chapel Hill, 2002.
- MARTINS, Ana Canãs Delgado, *Governança e arquivos: D. João VI no Brasil*, Instituto dos Arquivos Nacionais, Lisboa, 2007.
- MARTINS, Antonio, *A jurisprudência constitucional obre as leis do Orçamento do Estado e(in)constitucionalidade do OE2014*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014.
- MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira, *Consolidação Orçamental e Política Financeira*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014.
- MARTINS, Guilherme D' Oliveira, MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira e

- MARTINS, Maria D' Oliveira, *A Lei de enquadramento orçamental anotada e comentada*, 2ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, *O princípio da eficiência em matéria tributária*, Scientia Iuridica, nº 312, Tomo LVI, Braga, out./dez. 2007.
- MARTINS, João Zenha, “Neoconstitucionalismo e interpretação conforme”, In António Manuel Hespanha e Teresa Pizarro Beleza (Apresentação), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011.
- MARTINS, Maria D'Oliveira, *A despesa pública. Uma análise jurídico-constitucional do tema da justiça na despesa pública*, Ed. Almedina, Coimbra, 2016.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, *Transparência administrativa – publicação, motivação e participação popular*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004.
- MARTNER, Gonzalo, *Planificación y presupuesto por programas*, 4ª edição, Ed. Siglo Veintiuno, México, 1972.
- MARX, Karl, *O capital, Crítica da Economia Política*. Disponível em: <http://www.gepec.ufscar.br/publicacoes/livros-e-colecoes-marx-e-engels/o-capital-livro-1.pdf/at_download/file>. Acesso em: 06.04.2018.
- MAURÍCIO JUNIOR, Alceu, *A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais*, Revista Diálogo Jurídico, nº 15, Salvador, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10.10.2018.
- MAZUR, Maurício, “A operação da ponderação na sentença aditiva de conformação isonômica”, In David Duarte, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo de Tarso Brandão (Orgs.), *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.
- MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.
- _____, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, In Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014.
- MEIRELLES, Domingos, 1930, *Os órfãos da Revolução*, Ed. Record, São Paulo, 2005.

- MEIRELLES, Hely Lopes, *Finanças Públicas Municipais*, Ed. RT, São Paulo, 1979.
- _____, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2000.
- MELO, Carlos Ranulfo, *Retirando as cadeiras do lugar. Migração Partidária na Câmara dos Deputados*, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2004.
- MENDEL, Toby, *Liberdade de informação: um estudo de direito*, 2ª edição, UNESCO, Brasília, 2009.
- MENDES, Armindo Ribeiro, *A doutrina constitucional e o controle da Constitucionalidade como garantia da cidadania*. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1072/1005>>. Acesso em: 12.10.2015.
- MENDES, Conrado Hubner, *Controle de constitucionalidade e democracia*, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007.
- _____, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2011.
- _____, *Jurisdição Constitucional*, 6ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2014.
- _____, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina>>. Acesso em: 01.04.2017.
- _____, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011.
- MENDES, Sérgio, *Administração Financeira e Orçamentária. Teoria e Questões*, 6ª edição, Ed. Método, São Paulo, 2016.
- MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de, *A Constitucionalização das finanças públicas no Brasil – devido processo orçamentário e democracia*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2010.
- _____, “Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: o esvaziamento contra majoritário de políticas públicas”, In Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.
- MILL, John Stuart, *Sobre a Liberdade*, Ed. LPM, São Paulo, 2016.

- MINGUELLI, Marcelo, *Espaço público e orçamento público: o plano ético e jurídico-institucional em crise*, Revista de Direito Administrativo, v. 250, Rio de Janeiro, jan./2009.
- MINTZBERG, Henry, *Criando organizações eficazes*, 2ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2006.
- MIRANDA, Jorge, “Sentido e Conteúdo da Lei como Acto da Função Legislativa”, In Jorge Miranda (Org.), *Nos dez anos da Constituição*, Ed. Imprensa Nacional. Casa da Moeda, Lisboa, 1987.
- _____, *Funções do Estado*. Disponível em: <[http:// bibliotecadigital.fgv.br/index.php/article/download/45284/47716](http://bibliotecadigital.fgv.br/index.php/article/download/45284/47716)>. Acesso em: 06.10.2017.
- _____, *Manual de Direito Constitucional, Tomo I, Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- _____, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- _____, *Manual de Direito Constitucional, Tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- _____, parecer publicado na Revista de Direito e de Estudos Sociais, Volume Especial sobre a Constitucionalidade da Redução Salarial, ano LII, nº 1 e 2, jan./jun. 2011, Ed. Almedina, Coimbra, 2011.
- _____, *Fiscalização da Constitucionalidade*, Editora Almedina, Lisboa, 2017.
- _____, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- MONCADA, Luís S. Cabral de, *Problemática jurídica do planeamento económico*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.
- _____, *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- MONTEIRO, Jorge Viana, *Economia política da crise: O Programa de Estabilidade Fiscal*, Revista de Administração Pública, Repositório FGV de Periódicos e Revistas, v. 32, nº 05, Rio de Janeiro, set./out.1998. Disponível em: <<http://www.aslegis.org.br/index.php/6-ajuste-reforma-tributaria/446-o-programa-de-estabilidade-fiscal-e-o-papel-do-congresso-nacional>>. Acesso em: 16.01.2017.

MONTESQUIEU, Charles, *Do Espírito das Leis*, Livro XI, Editora Martin Claret, São Paulo, 2005.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 28ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2012.

_____, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, 3ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2013.

_____, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 9ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2013.

MORAES FILHO, José Filomeno de, *A construção democrática*, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1998.

MORAIS, Carlos Blanco de, *As Leis Reforçadas – As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

_____, “As sentenças com efeitos aditivos”, In Carlos Blanco de Moraes (Org.), *Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2009.

_____, *Justiça Constitucional, Tomo II, O Direito do Contencioso Constitucional*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

_____, *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

_____, “Decisão, Decisores e Decisionismo”, In Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *Carl Schmitt Revisitado*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

_____, *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso*. Disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/as_mutacoes_constitucionais.pdf>. Acesso em: 03.05.2018.

MOREIRA, Vital “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”, In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio de 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Transição Constitucional: pela estabilidade democrática*, Revista Forense, v. 84, nº304, Rio de Janeiro, out./dez. 1988.
- _____, *Legitimidade e Discrecionalidade*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989.
- _____, *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999.
- _____, “Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas”, In Cristiana Fortini, Julio César dos Santos Esteves e Maria Tereza Fonseca (Orgs.), *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008.
- MORENO, Fernando Sainz, *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*, 4ª edição, Ed. Civitas, Madrid, 1976.
- MORÓN, Miguel Sánchez, *Derecho administrativo*, parte general, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William, *Direito Constitucional*, 10ª edição, Impetus Editora, Rio de Janeiro, 2002.
- MYERS, David G., *Psicologia Social*, 10ª edição, Ed. Artmed, Porto Alegre, 2014.
- MUSGRAVE, Richard Abel, *Teoria das finanças públicas: um estudo da economia governamental*, 1º volume, 2ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 1976.
- NAGATA, Bruno Mitsuo, “A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do, *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997.
- NELSON, William E., *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*, university Press of Kansas, Lawrence, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosamaria de Andrade, “Notas sobre a Administração Pública. O Poder Público na Constituição Federal”, In George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Junior (Coords.), *Crise dos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1994.

- NOBREGA, Maílson da, *Por um verdadeiro orçamento impositivo*. Disponível em: <<http://www.mailsondanobrega.com.br/artigos/47-por-um-verdadeiro-orcamento-impositivo>>. Acesso em: 07.01.2015.
- _____, *O orçamento já é impositivo*. Disponível em: <<http://noblato.globo.com/artigos/noticias/o-orcamento-ja-impositivo.html>>. Acesso em: 11.03.2017.
- NÓBREGA, Manoel, *Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.
- NOBREGA, Marcos, “Orçamento, Eficiência e Performance Budget”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- NOGUEIRA, Otaciano, *Constituições brasileira: 1824*. Centro de Estudos Estratégicos do Senado Federal e do Ministério da Ciência e Tecnologia, Brasília, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- _____, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Ed. Almedina, Coimbra, 2006.
- _____, *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- _____, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- _____, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- _____, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- _____, *Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos*. Ed. Almedina, Coimbra, 2016.
- _____, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. I, Dignidade e Direitos Fundamentais*, Ed. Almedina, Coimbra, 2016.
- _____, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. II, Dignidade e Inconstitucionalidade*, Ed. Almedina, Coimbra, 2016.
- _____, *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017.

- NOVELINO, Marcelo, *Direito Constitucional*, 4ª edição, Ed. Método, São Paulo, 2010.
- NUNES, António José Avelãs, *O Keynesianismo e a contra-revolução monetarista*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- NUSSBAUM, Martha C., *Creating Capabilities. The Human development approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2011.
- OHLWEILER, Leonel Pires, “Políticas Públicas e Controle Judicial: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.
- OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de, e DIAS, Jefferson Aparecido, *A jurisdição civil, ativismo e ordem econômica*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, Malheiros Editores, São Paulo, 2006.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Curso de Direito Financeiro*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- _____, *Deve o orçamento ser cumprido?*. Disponível em: <<http://artigos.thomsonreuters.com.br/deve-o-orcamento-ser-cumprido-regis-fernandes-de-oliveira>>. Acesso em: 10.02.2018.
- OLIVEIRA, Rogério Sandoli de, “Dos Créditos Adicionais”, In José Maurício Conti (Coord.), *Orçamentos Públicos. A Lei 4.320/1964 comentada*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- OLIVEIRA JUNIOR, Nythamar H. Fernandes de, “Teoria Discursiva do Direito e democracia deliberativa segundo Jürgen Habermas”, In Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira (Orgs.), *Correntes Contemporâneas do pensamento jurídico*, Ed. Manole, Barueri, 2010.
- OLSEN, Ana Carolina, *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*, Juruá Editora, Curitiba, 2008.
- OLSON, Mancur, *A Lógica da Ação Coletiva. Os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*, Ed. USP, São Paulo, 2015.

- ORMELES, Vinicius Fernandes, *O ordenamento como instituição: revisitando Kelsen e Romano*, Revista Espaço Acadêmico, nº 176, ano XIV, jan./2016.
- OROZCO, Omar Guerrero, *Políticas Públicas: Interrogantes*, Revista de Administración Pública. Políticas Públicas, nº 84, Instituto Nacional de Administración Pública, 1993.
- ORTEGÓN, Edgar, PACHECO, Juan Francisco e ROURA, Horácio, *Metodología General de Identificación, preparación y evaluación de proyectos de inversión pública*, Cepal/ILPES, Santiago, 2005.
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Editora Almedina, Coimbra, 2007.
- _____, *Instituições Políticas e Constitucionais*, v.01, Editora Almedina, Coimbra, 2009.
- _____, *Direito Constitucional Português*, vol. II, Ed. Almedina, Coimbra, 2010.
- _____, parecer publicado na Revista de Direito e de Estudos Sociais, Volume Especial sobre a Constitucionalidade da Redução Salarial, ano LII, nº 1 e 2, jan./jun. 2011, Ed. Almedina, Coimbra, 2011.
- PALERMO, Vicente, *Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestões de governo*, v. 43, nº 03, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000300004>. Acesso em: 02.04.2018.
- PALUDO, Augustinho, *Orçamento Público, AFO e LRF. Teoria e Questões*, 5ª edição, Ed. Método, São Paulo, 2015.
- PEREIRA, Carlos e MUELLER, Bernardo, *Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*, Revista de Ciências Sociais, vol. 45, nº 02, Rio de Janeiro, 2002.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, *Reforma gerencial da Administração Pública no Brasil*, Revista do Serviço Público do Brasil, v. 49, nº 01, 1998.
- _____, *Reforma do Estado para a Cidadania. A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, ENAP – Escola Nacional da Administração Pública, Ed.34, Brasília, 1998.
- PEREIRA, Paulo Trigo, *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem*

neoliberal. Disponível em: <<http://www.analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1221841484T5sAW2pw7Dh10FX8.pdf>>. Acesso em: 07.03.2018.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres, *Da reforma administrativa constitucional*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

PERELMAN, Chaïm, *Ética e Direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 1990.

PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

PINARDI, Roberto, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Ed. Giuffrè, Milano, 2007.

PINHEIRO, Alexandre Sousa, “A ditadura em Carl Schmitt” In Carlos Blanco de Moraes e Luís Pereira Coutinho (Orgs.), *Carl Schmitt Revisitado*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim, “Rumo ao orçamento impositivo: a delimitação da ação administrativa pelas leis orçamentárias”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

PINTO, Élide Graziane, *Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução*, Revista Fórum Direito Financeiro e Econômico – RFD FE, ano 3, nº 05, Belo Horizonte, mar./ago. 2014.

_____, “Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária”, In Cristiana Fortini, Julio César dos Santos Esteves, Maria Tereza Fonseca Dias (Orgs.), *Políticas Públicas. possibilidades e limites*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008.

_____, *Discrecionalidade, contingenciamento e controle orçamentário*. Disponível em: <http://www.reserachgate.net/publication/277227032_Discrecionalidade_contingenciamento_e_controle_orcamentario>. Acesso em: 04.10.2018.

_____, *Constituição Federal. Constituição Estadual. Instrumento de Planejamento. Planos setoriais. PPA, LDO e LOA*, palestra ministrada no Ministério Público do Estado da Bahia,

no Curso “Saúde e Educação. Custeio e Financiamento. A visão dos órgãos de controle. Módulo I”, em data de 12.04.2018.

PINTO, Roberto Bueno, *Carl Schmitt X Hans Kelsen: Defensor ou Senhor da Constituição?*, Revista da Faculdade de Direito-UFPR, vol. 60, nº03, Curitiba, set./dez. 2015.

PIOVESAN, Flavia, *Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

_____, *Direitos Humanos e o Direito Internacional*, 7ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2006.

PIRES, José Batista Fortes de Souza, *Contabilidade pública. Orçamento Público. Lei de Responsabilidade Fiscal – teoria e prática*, 6ª edição, Ed. Franco e Fortes, Brasília, 2001.

PIRES, Luís Manuel Fonseca, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2009.

PLATÃO, Fedro, Editora 34, São Paulo, 2016.

POLETTI, Ironaldo, *Controle de Constitucionalidade das Leis*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998.

POLLACK, Malla, “O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Coords.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, 2ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado, Tomo I*, Atual. Vilson Rodrigues Alves, Ed. Bookseller, Campinas, 2000.

POSNER, Richard, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2005.

POTERBA, James M., *State Response to Fiscal Crises: The Effects of Budgetary Institutions and politics*, Journal of Political Economy, vol. 102, nº 04, ago./1994, p. 799/821. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2138765?seq-1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 30.01.2016.

PRAELI, Francisco José Eguiguren, “Las sentencias interpretativas o manipulativas y su

- utilización por El Tribunal Constitucional Peruano”, In Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Orgs.), *Estudios em homenagem a Héctor Fix-Zamudio em sus cincuenta años como investigador del derecho*, Marcial Pons, México, 2008.
- PRESSMAN, Jeffrey L. e WILDAVSKY, Aaron, *Implementación*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Fondo de Cultura Economica, México, 1998.
- QUEIROZ, Cristina M. *Os actos políticos no Estado de Direito – O problema do controle jurídico do poder*, Ed. Almedina, Coimbra, 1990.
- _____, *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva, “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto”, In André Ramos Tavares, Walter Caludius Rothenburg (Orgs.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da L.9882/99*, Ed. Atlas, São Paulo, 2002.
- _____, *Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos*, 3ª tiragem, Ed. Saraiva, São Paulo, 2013.
- RAMOS, João Palmas, “Estado de Direito como Estado Constitucional: o Neoconstitucionalismo”, In António Manuel Hespanha e Teresa Pizarro Beza (Apresentação), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011.
- RANELLETTI, Oreste, *Lezioni di diritto finanziario*, Ed. Cedam, Padova, 2009.
- RAWLS, John, *Uma teoria da Justiça*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997.
- _____, *O liberalismo Político*, 2ª edição, Ed. Ática, São Paulo, 2000.
- RENNÓ, Lucio R., “Corruption and Voting”, In Timothy Power and Matthew M. Taylor (Orgs.), *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2011.
- _____, *Coletânea de Políticas Públicas de Cultura: Práticas e Reflexões*, vol. 01, 1ª edição, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011.
- REZENDE, Denis Alcides e ABREU, A. E., *Planejamento estratégico público ou privado: guia para projetos em organizações de governo ou de negócios*, vol. 02, Ed. Atlas, São Paulo, 2011.

- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, “O constitucionalismo dos princípios”, In Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, “Efetivação de Políticas Públicas: uma questão orçamentária”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- _____, “A política desonerativa da União e o impacto no orçamento dos entes subnacionais (Tema 653 da repercussão geral – RE 705.423)”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham E Heleno Taveira Torres (Coords.), *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.
- RODRIGUES, Eduardo Andrés Ferreira, *Débitos judiciais no orçamento público*, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, ano 41, nº 163, jul./set. 2004.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, *Argumentação jurídica: técnica de persuasão e lógica informal*, 6ª edição, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2015.
- ROMANO, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Ed. Firenze, Sansoni, 1945.
- RONDINELLI, Dennis A., *Government decentralization in comparative perspective: theory and practise in developing countries*, International Review of Administrative Sciences, vol. 42, nº 02, 1981, p. 133/145. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/002085238004700205>>. Acesso em: 09.10.2016.
- ROUBINI, Nouriel e SACHS, Jeffrey D., *Political and Economic Determinants of Budget Deficits in the industrial democracies*, European Economic Review, vol. 33, mai./1989, p. 903/938. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0014292189900020>>. Acesso em: 30.01.2016.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, livro IV, Ed. Publicações Europa-América Mem Martins, 1981.
- RUAS, Maria das Graças, “Análise de políticas públicas: conceitos básicos”, In Maria das Graças Ruas e Maria Izabel Valladão de Carvalho (Orgs.), *O estudo da política*, Ed. Paralelo 15, Brasília, 1998.
- RUBISTEIN, Flavio, “Notas sobre a transparência fiscal no direito financeiro”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito*

Financeiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

SABBAG, César de Moraes, “Breves considerações sobre deficiências estruturais do sistema orçamentário brasileiro. Propostas para incrementar a legitimidade e a eficiência do modelo”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

SADECK, Francisco, GERIN, Álvaro e VALLE, Bruno, *Contingenciamento: necessidade tributária ou instrumento da política econômica?*, Nota Técnica nº 98, INESC, Brasília, mai./2005.

SADEK, Maria Tereza, *Justiça em números. Novos ângulos*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/amb_sadek_justica_em_numeros_novos_angulos.pdf>. Acesso em: 24/03/2017.

_____, “Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política”, In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011.

SALAMA, Pierre, *Para uma nova compreensão da crise. Pós-neoliberalismo*, 1ª reimpressão, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1995.

SAMPAIO, Jorge Silva, *O Dever de Proteção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição Reinventada. Pela Jurisdição Constitucional*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

SANCHES, Oswaldo Maldonado, *Processo Orçamentário Federal: Problemas, Causas e Indicativos de Solução*, Revista de Informação Legislativa, v. 32, nº 126, Brasília, abr./jun. 1995.

_____, “O ciclo orçamentário: uma reavaliação à luz da Constituição de 1988”, In James Giacomoni e José Luiz Pagnussat (Coords.), *Planejamento e orçamento governamental*, Coletânea, vol. 02, Revista da Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.neci.fflch.usp.br/sites/neci.ffch.usp.br/files/Coletanea%20Planejamento%20Orçamento%20ENAP%20-200%20ciclo%20orçamentário.pdf>>. Acesso em: 17.01.2017.

SANDEL, Michael J., *Justiça. O que é fazer a coisa certa*, Ed. Civilização Brasileira, Rio de

Janeiro, 2013.

SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano, *Aspectos Orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, Ed. Almedina, São Paulo, 2018.

SANTANA, Izaías José de, "O princípio da separação dos poderes e a implementação das políticas públicas no sistema orçamentário brasileiro", *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral, *Mandado de Injunção*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa* (Org.), Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002.

_____, e CHAUÍ, Marilena, *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*, 2ª reimpressão, Cortez Editora, São Paulo, 2013.

_____, MARQUES, Maria Manuel Leitão e PEDROSO, João, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.html>. Acesso em: 15.01.2015.

_____, MARQUES, Maria Manuel Leitão e PEDROSO, José, *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, p. 03. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs-00-30/rbcs30-07.htm>>. Acesso em: 15.01.2015.

SANTOS, Fabiano, *Patronagem e Poder de Agenda na Política Brasileira*, IUPERJ, Rio de Janeiro, 1997.

SARAIVA, Guilherme, *Direito, desenvolvimento e transformações institucionais. Como o Congresso Nacional regulou a Comissão Mista de Orçamento entre 1988 e 2015?*, Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

_____, "Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do STF". *In* SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.), *Direitos Fundamentais no*

- Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- ____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- ____, MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni e MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2017.
- SARMENTO, Daniel, “Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, In André Ramos Tavares, Walter Caludius Rothenburg (Orgs.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da L.9882/99*, Ed. Atlas, São Paulo, 2002.
- ____, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- ____, “O neoconstitucionalismo no Brasil”, In André Luiz Fernandes, *As novas faces do ativismo judicial*, Ed. JusPodium, Salvador, 2011.
- ____ e OSÓRIO, Aline, *Uma mistura tóxica: poética, dinheiro e financiamento das eleições*. Disponível em: <<http://goo.gl/uFg3AE>>. Acesso em: 24.05.2018.
- SCAFF, Fernando Facury, “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. In Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- ____, “Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- ____, “Liberdade do legislador orçamentário e não afetação – captura versus garantia dos direitos sociais”, In Marcus Lívio Gomes, Marcus Abraham e Heleno Taveira Torres, *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.
- ____, *Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86*, Revista Consultor Jurídico, mar./2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileira-ec-86>>. Acesso em: 05.02.2017.

- SCHICK, Allen, *The federal budget – Politics, policy, process*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000.
- SCHMITT, Carl, *O guardião da Constituição*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007.
- _____, *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de classes proletária*, Alianza Editorial Textos, Madrid, 2009.
- _____, *Teoría de La Constitución*, Alianza Editorial Textos, Madrid, 2009.
- SCHWARCZ, Lilia M. e STARLING, Heloísa M., *Brasil: Uma biografia, 7ª reimpressão*, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2015.
- SCHWARTZ, Bernard, *Direito Constitucional Americano*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1966.
- SELL, Carlos Eduardo, *Introdução à Sociologia Política e Sociedade na Modernidade Tardia*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2008.
- SGARBOSSA, Luís Fernando, *Crítica à teoria dos custos dos direitos, v.1, Reserva do Possível*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2010.
- SIEGEL, Reva, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The case of the facto ERA*, California Law Review, nº94, 2006.
- SILVA, Fernanda Lima e, *Coordenação Governamental no Presidencialismo de Coalizão brasileiro: Estudo de caso sobre o Ministério das Cidades no Governo Lula*, Dissertação de mestrado apresentada perante a Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.
- SILVA, Fernando Antonio Rezende da, *Estado de uma nação: textos de apoio. A reforma orçamentária e a eficiência fiscal*, IPEA, Brasília, 2009.
- SILVA, José Afonso, *Orçamento Programa no Brasil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973.
- _____, “Perspectivas das formas políticas”, In CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA (Coord.), *Perspectivas do Direito Público. Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995.
- _____, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998.
- _____, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª edição, Malheiros Editores, São Paulo,

2005.

____, *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

SILVA, Moacir Marques da, “A lógica do planejamento público à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal”, *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, (Coords.), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

SILVA, Sandoval Alves da, *Direitos Sociais. Leis orçamentárias como instrumento de implementação*, 2ª reimpressão, Ed. Juruá, Curitiba, 2011.

____, “Aspectos orçamentários e constitucionais da requisição de pequeno valor – RPV”, *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

SILVA, Suzana Tavares da, “Sustentabilidade e Solidariedade em tempos de crise”, *In* José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva (Coord.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaios sobre as ações no novo processo administrativo*, 2ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da, “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”. *In* Virgílio Afonso da Silva (Org.), *Interpretação Constitucional*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

SINGER, Peter, *Ética Prática*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

SEN, Amartya, *Desenvolvimento como Liberdade*, Companhia de Bolso, São Paulo, 2010.

SERRA, José, *Orçamento no Brasil: as raízes da crise*, Ed. Atual, São Paulo, 1994.

SICHES, Luis Recaséns, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1970.

SIQUEIRA, José Eduardo Paiva Miranda de, *A arbitrariedade na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017.

SIQUEIRA, Marcelo Rodrigues de, “Os desafios do estado fiscal contemporâneo e a transparência fiscal”, *in* José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva (Coords.), *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011.

SLOMSKI, Valmor e PERES, Ursula Dias, “As Despesas Públicas no Orçamento: gasto

- público eficiente e a modernização da gestão pública”, *In* José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- SMITH, Adam, *A Riqueza das Nações*, Livro I, Ed. Juruá, Curitiba, 2006.
- SOKAL, Guilherme Jales, “ADI n. 4.663-MC (Rel. Min. Luiz Fux). LDO, eficácia das normas orçamentárias e separação dos poderes”, *In* Luiz Fux (Coord.), *Jurisdição Constitucional: democracia e direitos fundamentais*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2012.
- SOUSA, Francisco Hélio, *O caráter impositivo da lei orçamentária anual e seus efeitos no Sistema do Planejamento Orçamentário*, ESAF, Brasília, 2008.
- SOUZA, Celina, *Estado do campo da pesquisa em política pública no Brasil*, Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 18, nº 51, São Paulo, fev./2003.
- _____, “Instituições e mudanças: reformas da Constituição de 1988, federalismo e políticas públicas”, *In* Gilberto Hochman e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (Coords.), *Federalismo e Políticas Públicas no Brasil*, Ed. Fiocruz, Rio de Janeiro, 2013.
- SOUZA, Jessé, *A Elite do Atraso. Da escravidão à Lava Jato*, Ed. Leya, Rio de Janeiro, 2017.
- _____, *Subcidadania Brasileira. Para entender o país além do jeitinho brasileiro*, Ed. Leya, Rio de Janeiro, 2018.
- SOUZA, Michelle Amorim Sancho, *Conceito constitucional da dignidade coletiva e efetivação dos direitos sociais*, Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz, *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatório-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 04.07.2018.
- SUPER, David, *The political economy of entitlement*, Columbia Law Review, vol. 104, 2004, p. 640/659. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1702&context=fac_pubs>. Acesso em 14.02.2017.
- SUNSTEIN, Cass R., “Direitos sociais e econômicos? Lições da África do Sul”, *In* Ingo Wolfgang Sarlet, *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v. 01, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.
- _____, “Decisões Políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional”, *In*

- Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira (Orgs.), *Correntes Contemporâneas do pensamento jurídico*, Ed. Manole, Barueri, 2010.
- _____, *Problems with Minimalism*. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/sustain-1.pdf>>. Acesso em: 26.05.2018.
- _____, VERMEULE, Adrian, *Interpretation and institutions*, Michigan Law Review, v. 101, nº 4, 2003.
- TABOADA, Carlos Palaio, *Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Colex, Madrid, 1985.
- TARSKI, Alfred, *Introduction to Logic and to the methodology of deductive sciences*, Dover Publications Inc., New York, 1995.
- TAVARES, André Ramos, *Tratado da Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001.
- TAVARES, Martus, ÁLVARO, Manoel e AFONSO, José Roberto, *Uma proposta para um novo regime fiscal no Brasil: o da responsabilidade fiscal*, Anais do IX Seminário Regional de Política Fiscal, Brasília, jan./1999.
- TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*, 20ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti, “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *Da Democracia na América*, Antropos Relógios D’Água, Lisboa, 2008.
- TORRES, Heleno Taveira, *Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- TORRES, Ricardo Lobo, *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul./set. 1989.
- _____, “A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial” In Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

- _____, “A jusfundamentalidade dos Direitos Sociais” In Gustavo Binenbojn, *Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2003.
- _____, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O orçamento na Constituição*, vol. V, 3ª edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- _____, “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, In Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.
- TOWNSEND, Peter, *The right to Social Security and National Development. Lessons from OECD Experience for Low-Income Countries*¹⁷, Issues in Social Protection Discussion Paper nº18, International Labor Office, Geneva, 2007. Disponível em: < <http://www.cwp-csp.ca/wp-content/uploads/2011/07/2007-the-right-to-social-security-and-National-Development-Peter-Townsend.pdf> >. Acesso em: 11.07.2017.
- TRINDADE, André Karam e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, “Os impactos do ativismo judicial no sistema político: Notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais poderes em tempos de crise política”, In George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr. (Coords.), *Crise dos Poderes da República*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- TUDISCO, Flavio, “Direito, política, orçamento: enfrentamento de dogmas contingentes”, In José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff, *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- TULLOCK, Gordon, SELDON, Arthur e BRADY, Gordon L., *Government failure: a primer in public choice*, Catho Institute, Washington DC, 2002.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Harvard University, Cambridge, 1999.
- _____, *Weak Courts, strong rights: judicial review and socialwelfre rights in comparative constitutional law*, Cambridge University, New York, 2006.
- URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires, *Representação política e Parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de proteção do mandato parlamentar*, Tese de Doutorado, Coimbra, 2004.
- _____, “Estado de necessidade econômica e financeiras o papel do Tribunal Constitucional”, In Pedro Gonçalves, Carla Amado Gomes, Helena Melo, Filipa Calvão (Coords.), *A crise e*

- o Direito Público, VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013.
- _____, “A jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: bipolaridade?” In Gonçalo Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Críticos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2014.
- VAN METER, Donald S., y VAN HORN, Carl E., “El processo de implementación de las políticas. Um marco conceptual”, In Luis F. Aguilar Villanueva, *La implementación de las políticas*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1996.
- VAQUERO, Benjamín Revuelta, *La implementación de políticas públicas*. Disponível em: <<http://dialnet.unirija.es/descarga/articulo/2562409.pdf>>. Acesso em: 10.01.2018.
- VARNHAGEN, Francisco Adolfo de, *História da Independência do Brasil*, 3ª edição, Ed. Melhoramentos, São Paulo, 1957.
- VASCONCELOS, Natália Pires de, *O Supremo Tribunal Federal e o orçamento: uma análise do controle concentrado das leis orçamentárias*. Monografia Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2010.
- VAZ, Lilian Fessler, *Dos cortiços às favelas e aos edifícios de apartamentos – a modernização da moradia no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.analisesocial.ics.ul.pt/documentos>>. Acesso em: 11.02.2015.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva, “O impeachment no Constitucionalismo Brasileiro”, In Georges Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Jr., “*Crise dos Poderes da República*”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- VENTURA, Zuenir, 1968, *O ano que não terminou*, 3ª edição, Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2013.
- VERMEULE, Adrian, *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, Harvard University Press, Cambridge in London, 2006.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, *A Constituição e sua reserva de Justiça. Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.
- VILLALÓN, Pedro Cruz, “Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria”. In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do*

- Tribunal Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- VITOR, Sérgio Antônio Ferreira, *Diálogo Constitucional e controle de constitucionalidade. Debate entre o STF e o Congresso Nacional*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015.
- VON HAYEK, Friedrich August, *O Caminho da Servidão*, 6ª edição, Ed. MisesBrasil, São Paulo, 2010.
- XAVIER, António Lobo, *O orçamento como lei: contributo para a compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português*, Boletim de Ciências Econômicas, vol. XXXIII, Coimbra, 1990.
- WALDRON, Jeremy, *A right – based critique of constitutional rights*, Oxford Journal of Legal Studies, nº 01, 1993.
- _____, *A dignidade da legislação*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- _____, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- _____, “A essência da oposição ao judicial review”, In Antonio Carlos Alpino Bigonha, Luiz Moreira (Orgs.), *Legitimidade da jurisdição constitucional*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- WANG, Daniel Wei Liang, “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”. In Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- WATANABE, Kasuo, “Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”, In Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- WATERSTON, Albert, *Os dilemas do planejamento*, Revista de Administração Municipal, v. 20, nº 117, Rio de Janeiro, mar./abr. 1973.
- WEBER, Max, *A Política como Vocação*, Ed. Guanabara, Rio de Janeiro, 1982.
- _____, *Economia e Sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva*, vol. 02, Ed. Fundação Universidade de Brasília, Brasília, 1999.
- WYLDASKY, Aaron, *The politics of the budgetary process*, 2ª ed., Ed. Little, Brown and

Company, Boston, 1974.

YOUNG, Ernest A., *Judicial activism and conservative politics*, University of Colorado Law Review, v. 73, nº 4, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *A crucificação e a Democracia*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2011.

ZANETI JR, Hermes, “A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia”, *In* Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2011.

Sítios de internet consultados

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.stj.jus.br>

<http://www.tse.jus.br>

<http://www.cnj.jus.br>

<http://www.cnmp.mp.br>

<http://www.mpba.mp.br>

<http://www12.senado.leg.br>

<http://www.camara.leg.br>

<http://www2.planalto.gov.br>

<http://portal.tcu.gov.br>

<http://www.portal.mec.gov.br>

<http://www.planejamento.gov.br>

<http://www.tce.sp.gov.br>

<http://www.tce.ba.gov.br>

<http://www.tce.mg.gov.br>

<http://www.cgu.gov.br>

<http://www.esaf.fazenda.gov.br>

<http://www.ibge.gov.br>

<http://www.aneel.gov.br>

<http://www.ans.gov.br>

<http://www.dominiopublico.gov.br>

<http://www5.usp.br>

<http://www.br.undp.org>

<http://carceraria.org.br>
<http://www.aslegis.org.br>
<http://www.inesc.org.br>
<http://www.acaoeducativa.org.br>
<http://www.cftpr.org.br>
<http://www.oecd.org>
<http://jstor.org>
<http://www.culturabrasil.org>
<http://ebooksbrasil.org>
<http://www.abt.org>
<http://www.qedu.org.br>
<http://amb.org.br>
<http://transparenciainternacional.org.br>
<http://www.contasabertas.com.br>
<http://www.dejusticia.org>
<http://dapp.fgv.br>
<http://vidaeducacao.com.br>
<http://www.direitodoestado.com.br>
<http://www.ibpt.com.br>
<http://www.jusbrasil.com.br>
<http://g1.globo.com>
<http://www.folha.uol.com.br>
<http://www.estadao.com.br>
<http://www.bbc.com>
<http://www.mcampos.br>
<http://www.sciencedirect.com>

<http://sistema.bibliotecas.fgv.br>
<http://www.dicio.com.br>
<http://jus.com.br>
<http://www.pucsp.br>
<http://www.gepec.ufscar.br/publicacoes>
<http://luisrobertobarroso.com.br>
<http://www.jota.info.com.br>
<http://www.revista.fasf.edu.br>
<http://www.jusnavegandi.com.br>
<http://www.conjur.com.br>
<http://www.editoraforum.com.br>
<http://www.abdconst.com.br>
<http://www.scribd.com>
<http://www.ssrn.com>
<http://github.com>
<http://www.brasilecola.uol.com.br>
<http://www.direito.ufmg.br>
<http://www.scielo.br>
<http://www.tribunalconstitucional.pt>
<http://analisesocial.ics.ul.pt>
<http://www.archives.gov>
<http://www.anpocs.com>
<http://www.montana.edu>
<http://journals.sagepub.com>
<http://www.gestaodefraude.eu>
<http://www.researchgate.net>

<http://www.nationalaffairs.com>

<http://thomsonreuters.com.br>

<http://www.corteconstitucional.gov.co>

<http://digitalcommons.law.yale.edu>

<http://www.gpo.gov>

<http://www.stanfordlawreview.org>